الحقوق العينية الأصلية

الملكية والحقوق المتفرعة عنها - أسباب كسب الملكية

دكتور
محمد حسين منصور
أستاذ القانون المدنى
كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

2007

دار الجامعة الجديدة
٣٨ شارع سوتير - الأزاريطة - الإسكندرية ت: ٤٨٦٨٠٩٩
E-mail : darelgamaaelgadida@hotmail.com

بطاقة الفهرسة

منصور ، محمد حسين
الحقوق العينية الأصلية /محمد حسين منصور
ط ١ — الإسكندرية
دار الجامعة الجديدة ـ٢٠٠٦
٧٢٦ صفحة، ١٧ X٢٤
ردمك : ٤ـ٢٤١ـ٣٢٨ـ٩٧٧
١ـ الحقوق العينية الأصلية
أـ العنوان ٣٤٦,٠٤

رقم الإيداع : ٢٠٠٦/٥٤٩٦
ردمك : ٤ـ٢٤١ـ٣٢٨ـ٩٧٧





﴿قُلِ ٱللَّهُمَّ مَٰلِكَ ٱلْمُلْكِ تُؤْتِي ٱلْمُلْكَ مَن تَشَآءُ وَتَنزِعُ ٱلْمُلْكَ مِمَّن تَشَآءُ وَتُعِزُّ مَن تَشَآءُ وَتُذِلُّ مَن تَشَآءُ بِيَدِكَ ٱلْخَيْرُ إِنَّكَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ﴾

صدق الله العظيم



مقدمـــة

تنقســـم الحقوق إلى حقوق مالية تعني الاستئثار بقيمة مالية معينة، ومـــن ثم يمكن تقدير قيمتها بالنقود، وأخرى غير مالية لا يمكن تقويمها بالـــنقود، كالحقوق العامة والحقوق السياسية وحقوق الأسرة وثالثة ذات طبـــيعة مـــزدوجة أو مخـــتلطة وهي الحقوق الذهنية أو المعنوية كحق المؤلف[1].

وتنقســـم الحقوق المالية إلى حقوق عينية وحقوق شخصية. والحق الشخصـــي عبارة عن علاقة بين شخصين يستطيع أحدهما وهو الدائن مطالبة الآخر وهو المدين بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو بالامتناع عن عمـــل. ينطوي الحق الشخصي علي عناصر ثلاثة: طرف إيجابي هو صـــاحب الحـــق وطرف سلبي هو المدين بالالتزام ومحل هو العمل أو الامتـــناع الـــذي يلتزم به المدى. وإذا نظرنا إلى تلك العلاقة من ناحية الـــدائن كنا بصدد حق، أما إذا نظرنا إليها من ناحية المدين كنا بصدد دين أو التزام. فالحق الشخصي والالتزام تعبيران عن علاقة واحدة[٢].

والحـــق العيني هو سلطة مباشرة لشخص علي شيء مادي محدد يستطيع بمقتضاها الاستئثار بقيمة مالية من خلال القيام بأعمال مباشرة علي هذا الشيء، دون تدخل أحد، تحقيقا لمصلحة معينة. يستأثر صاحب الحق العيني بالقيمة الاقتصادية للشيء الذي يرد عليه، وله ان يستعمل حقـــه علي الشيء دون حاجة إلى مطالبة شخص آخر بتمكينه من ذلك، لأن هذا الحق ينصب مباشرة علي الشيء.

والحقوق العينية نوعان: أصلية وتبعية.

---

(١) انظر تفصيل ذلك مؤلفنا في نظرية الحق، منشأة المعارف ١٩٩٨.

(٢) السنهوري، حـــ ٨، ص ٢١٠.

والحــق العيني الأصلي هو الذي يقوم مستقلا بذاته دون أن يكون تابعًــا لحــق آخــر، ويخــول صاحبه الحق في استعمال شيء معين واســتغلاله بطــريقة كاملة أو ناقصة. ويعتبر حق الملكية أهم الحقوق العينية الأصلية وأوسعها نطاقًا. ويتفرع عن هذا الحق عدة حقوق أخري توفر لأصحابها بعض سلطات المالك وهي حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكني وحق القرار وحق الارتفاق.

والحــق العينــي التبعي هو الذي يتقرر علي شيء معين لضمان الــوفاء بحــق شخصي، فهو لا يقوم مستقلا بل بالتبعية لحق شخصي يضمن الوفاء، به وأنواعه أربعة: الرهن الرسمي، الرهن الحيازي، حق الاختصاص، حق الامتياز.

ويتميــز الحق العيني بصفة عامة بعدة خصائص أهمها: أنه ينشأ علــي شيء معين بالذات، وهو حق مطلق، يحتج به علي الكافة، حيث يعطي صاحبه سلطة مباشرة علي الشيء، دون وساطة أحد، لذلك يتمتع صاحب الحق العيني بميزة التتبع حيث يمكنه تتبع الشيء الذي يرد عليه حقــه في أي يد يكون، ويستطيع التمسك بحقه في مواجهة من يحوزه. ويخــول الحق العيني صاحبه أيضا ميزة الأفضلية، فهو يأمن مزاحمة غيره له في حدود مضمون حقه، حيث يفضل علي كل من يزاحمه في نطاق ذلك المضمون. وأخيرًا، فإن الحقوق العينية ترد في القانون علي سبيل الحصر، ولا يجوز للأفراد الاتفاق علي إنشاء غيرها، سواء تعلق الأمــر بالحقــوق العينية الأصلية أو التبعية، فالأمر يتعلق بالنظام العام الاقتصادي[1].

ينصب الحق العيني علي الشيء المادي، أي كل ماله وجود ذاتي مســتقل عــن الإنسان. ويجب أن يكون الشيء محل الحق العيني قابلا للتعامل فيه وموجودا ومعينا بذاته.

---

[1] Marty et Raynaud, les biens, n.10.

وينبغي التمييز بين الشيء والمال. فالمال Bien في عرف القانون هــو الحــق ذو القــيمة المالية أيا كان ذلك الحق سواء أكان عينيا أو شخصيًا أم حقا من حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية، أما الشيء Chose فهو محل ذلك الحق، وهو كل كائن له ذاتية في الوجود، سواء كـــان ماديا يدرك بالحس، كالأرض والجماد والنبات والحيوان، أو كان شــيئا معــنويًا، كأفكــار المؤلفــين والاختراعات والعلامات التجارية. والشـــيء المـــادي يكون محلا للحق العيني. أما الشيء المعنوي فيكون محــلا للحق الذهني. يتضح من ذلك ان المال أوسع نطاقا من الشيء، فالمـــال هـــو كل حق له قيمة مالية[1]، أما الشيء فهو محل ذلك الحق المالي. والحق المالي يرد علي الشيء المادي أو الشيء المعنوي، ويرد أيضا علي العمل، لذلك فان المال يشمل كل الحقوق العينية والشخصية والذهنية.

أن كون الشيء مالا فينتقل من الشخص إلى ورثته أو ليس مالا فلا ينتقل هو بحث في مسألة عينية من صميم المعاملات وإذا كانت المادة ٥٤ من القانون المدني قــد أحالت في تعرف أحكام المواريث علي قانون الأحوال الشخصية للمتوفى فــان المــراد بهذه الإحالة هو أن تطبق أحكام القانون المحال عليه في مسائل الإرث، ككون الإنسان وارثا أو غير وارث. وكونه يستقل بالإرث أو يشاركه فــيه غيره إلى غير ذلك مما يقوم عليه حق الإرث ذاته. أما الأشياء التي هي موضــوع هذا الحق فالحكم في ثبوت ماليتها أو نفيها لا يكون إلا تبعا لأحكام القانون الوضعي الذي هو وحده المرجع في كل ما يدخل في دائرة المعاملات والأموال.

والمـــال فـــي عرف القانون هو كل شيء متقوم نافع للإنسان يصح أن يستأثر به وحده دون غيره. وكما يكون المال شيئا ماديا كالأعيان التي تقع تحت الحواس يكــون شيئا معنويًا كالحقوق التي لا تدرك إلا بالتصور. والاستشفاع حق من هــذه الحقوق توافرت فيه عناصر المالية، وهي النفع والتقوم وقابلية الاستئثار فــوجب اعتــباره مـــالا يورث، لاحقا متصلا بشخص الشفيع. (نقض ٣١/١/١٩٤٦ طعن رقم ١٦ سنة ١٥ ق)

ويكثر الخلط بين المال والشيء أي بين الحق المالي والشيء الذي يقع عليه. ويتم، أحيانا، إطلاق لفظ الأموال علي الأشياء، ولعل السبب في ذلك يرجع إلى أن الشيء، في أغلب الأحوال، يكون محلا لحق مالي، فيعتبر مالا بسبب انشغاله بهذا الحق، أما إذا لم يوجد علي الشيء حق لشخص ما.

فلا يكون مالا وإنما شيء فحسب مثال ذلك الأشياء المباحة، كالطير في السماء والسمك في الماء. وقد يوجد حق مالي دون شيء يرد عليه، كالحق الشخصي حيث يكون محله عمل أو امتناع عن عمل، وليس شيئا من الأشياء، وهذا الحق يعتبر مالا[1].

والقاعدة أن الحق العيني يظل موجودا طالما وجد محله، وينقضي هذا الحق بزوال محله زوالا ماديا أو قانونيا، أي بهلاك الشيء أو بالتصرف فيه.

ولكن القانون يقرر أحيانا، بقاء ذلك الحق، رغم زوال محله، إذا أمكن استبدال الشيء الهالك بشيء آخر يحل محله، وهذا ما يسمي بالحلول العيني La subrogation réelle. ويقصد به التبديل القانوني لعين بأخرى، وذلك بإحلال شيء محل شيء آخر، كبديل له، فيما كان له محل من حق، مثال ذلك: انتقال الحق في حبس الشيء، إذا هلك، إلى ما يحل محله من مبالغ نقدية. وفي الوقف يحل محل العين الموقوفة أموال البدل من ثمن أو تعويض أو أي عقار أو منقول يتم شراءه بتلك الأموال. ينتقل حق الانتفاع من الشيء الهالك الي ما قد يقوم مقامه من عوض. وإذا تصرف الشريك علي الشيوع في حصة مفرزة، ولم تقع تلك الحصة في نصيبه عند القسمة انتقل حق المتصرف إليه إلى الحصة

---

(١) محمد كامل مرسي، الملكية ، ص ١١.

التي آلت إلى الشريك. وينتقل الرهن من العين المحملة به إلى العوض الذي حل محلها مثل الثمن أو التعويض[1].

خطة البحث :

نقتصـــر فـــي هــذا الجزء علي تناول الحقوق العينية الأصلية[2]. ونعرض لدراسة تلك الحقوق في بابين :

الباب الأول : الملكية والحقوق المتفرعة عنها.

الباب الثاني : أسباب كسب الملكية.

---

(١) انظـــر في كل ذلك المواد ٢٤٧، ٩٩٤، ٨٢٦، ١٠٥٦ مدني، م ١٤ / ١ من القانون ٤٨ لسنة ١٩٤٦.

(٢) نظـــم القانون المدني تلك الحقوق في الكتاب الثالث من القسم الثاني في المواد ٨٠٢ إلـــى ١٠٢٩. انظر فى الحقوق العينية التبعية مؤلفنا فى النظرية العامة للائتمان، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠١م.



الباب الأول
الملكية والحقوق المتفرعة عنها

ينقسم هذا الباب إلى فصول أربعة:

الفصل الأول : مفهوم وخصائص حق الملكية.

الفصل الثاني : القيود الواردة علي حق الملكية.

الفصل الثالث : الملكية الشائعة.

الفصل الرابع : الحقوق العينية المتفرعة عن الملكية.



الفصل الأول
مفهوم حق الملكيـة

نعرض لتعريف وخصائص حق الملكية Le droit de propriété ، ثم نبين نطاقه.

المبحث الأول
تعريف وخصائص حق الملكية

(أ) تعريف حق الملكية :

"لمالـــك الشـــيء وحده في حدود القانون، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه"[1].

يتضـــح مـــن ذلـــك أن الملكية هي حق استئثار المالك باستعمال واستغلال الشيء الذي ترد عليه والتصرف فيه في حدود القانون . أي أن حـــق الملكـــية يخـــول صـــاحبه عناصـــر ثلاثة هي : الاستعمال، والاستغلال، والتصرف.

ويقصـــد بالاســـتعمال L'usage استخدام الشيء من خلال القيام بأعمال مادية للحصول علي منافعه وفقا لما أعد له أو تسمح به طبيعته، فاســـتعمال الـــدار يكون بسكناها، واستعمال الأرض يكون بزراعتها أو البناء فيها، والسيارة بركوبها، والثياب بلبسها.

ويتمـــتع المالـــك بحرية استعمال الشيء في كافة أوجه الاستعمال بشـــرط عـــدم مجاوزة القيود التي يفرضها القانون[2]، فلا يجوز أن يتم

---

(١) م ٨٠٢ مدني.

(٢) إن اســـتعمال حق الملكية كان ولا يزال مقيدا بمراعاة أحكام القانون. (نقض ١٩٧٣/١٢/٣٠ س ٢٤ ص ١٣٢٠).

الاستعمال بطريقة تخالف قواعد النظام العام والآداب، أو ينتج عنه ضررا للجيران يجاوز المضار المألوفة.

والمراد بالاستغلال Jouissance الحصول علي الثمار التي يمكن أن ينتجها الشيء، وذلك باستثماره والحصول علي ما يدره من ريع أو دخل، من خلال القيام بالأعمال المادية أو القانونية كالتأجير. فالمالك يستطيع زراعة أرضه وجني المحصول[1]، وله أيضا أن يؤجر الدار أو السيارة أو الأرض ويحصل علي الأجرة.

أما التصرف Disposition فهو استخدام المالك للشيء علي نحو يستنفذ عليه كل سلطاته. كليا أو جزئيا، ذلك ان المالك يستأثر بالتسلط علي كيان الشيء ووجوده، والتصرف يمكن أن يكون ماديا أو قانونيا. والتصرف المادي يتمثل في إجراء تغيير مادي باستهلاك الشيء أو

الأصل أن لمالك الشيء وحده في حدود القانون استعمال حقه واستغلاله والتصرف فيه مراعيا في ذلك ما تقضي به القوانين واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة أو بالمصلحة الخاصة، مما مؤداه أن يكون للمالك أن يؤجر الشيء الذي يملكه، وأن يختار مستأجره، وأن يطلب إخلاء المستأجر منه متي انتهت المدة المتفق عليها، وأن يستعمله في أي وجه مشروع يراه، غير أن الشارع رأي الخروج علي هذا الأصل فقضي بامتداد عقود إيجار الأماكن وتقييد حق المالك في طلب إنهائها وإخلاء المستأجر منها وذلك بالنسبة للحالات التي وردت في القانون تحقيقا للمصلحة العامة الاجتماعية والاقتصادية لمستأجري هذه الأماكن. (نقض ١٩٩١/٣/١٤ طعن ٢٧٦٣ س ٥٦ ق).

(١) وفي هذه الحالة يختلط الاستعمال بالاستغلال، حسن كيره، الحقوق العينية الأصلية، ١٩٩٨، ص ٧٥.

هلاكـــه أو التغيير فيه. والتصرف القانوني يكون بنقل ملكية الشيء أو بعض عناصره إلى الغير أو بتقرير حق عيني عليه كارتفاق أو رهن.

وسلطة التصرف هي التي تميز حق الملكية عن غيره من الحقوق العينية الأصلية، فهذه الحقوق تخول أصحابها سلطة استعمال الشيء أو استغلاله دون التصرف فيه. يحتفظ المالك بكل عناصر الملكية، ويظل عنصر التصرف دائما في يده، أما سلطتا الاستعمال والاستغلال فيمكن ثـــبوتهما أو إحـــداهما لغيـــر المالـــك. فـــإذا تنازل المالك عن سلطتي الاســـتعمال والاســـتغلال لشخص آخر كان هذا الشخص صاحب حق انـــتفاع، ويحتفظ المالك بسلطة التصرف، فيقال له مالك الرقبة، وليس للمنتفع أن يتصرف في الشيء محل الانتفاع، ولكن له أن يتصرف في حقه في الانتفاع بالشيء عن طريق بيعه مثلا.

(ب) خصائص حق الملكية:

ينفرد حق الملكية بعدة خصائص يمكن إيجازها فيما يلي :

(١) الملكية حق عيني جامع :

تـــرد الملكـــية علي شيء معين، وتخول صاحبها جميع السلطات علـــيه: اســـتعمال واســـتغلال وتصرف، فالملكية أوسع الحقوق العينية جمـــيعًا، ذلـــك أن الحقـــوق العينية الأخرى تخول صاحبها بعض هذه الســـلطات دون الـــبعض الآخـــر، كحـــق الانتفاع الذي يشمل سلطتي الاســـتعمال والاستغلال دون التصرف، بينما يتسم حق الملكية بالشمول حـــيث يجمـــع بـــين يدي المالك كل السلطات المتصور ورودها علي الشـــيء. والطابع العيني لحق الملكية يخول صاحبه مكنة الاحتجاج به ضد الكافة.

(٢) الملكية حق مانع :

الملكـــية حـــق قاصر علي صاحبه Droit Exclusive لا يجوز لغيـــره أن يشاركه فيه دون رضاه. ويستطيع المالك أن يمنع الغير من التعدي علي ملكه، فهو يتسلط علي الشيء بطريق مباشر دون تدخل أو

وســـاطة أو قـــيود مـــن أحد، وهذا ما يميز الملكية عن الحقوق العينية الأخرى، فمثلا يتقيد حق الانتفاع بحق مالك الرقبة ويتقيد حق الارتفاق بملكية العقار الخادم.

وينبغي ملاحظة أن الصفة المانعة لحق الملكية يرد عليها عدة قيود للصالح العام ولصالح الجيران. ويبدو ذلك واضحا في نطاق الأراضي الزراعية بالنسبة للري والصرف والمرور(١).

ويترتب علي الطبيعة المانعة لحق الملكية أن مالك الشيء الأصل فـــيه هـــو صاحب كل السلطات عليه دون مشاركة أو قيود، وعلي من يدعـــي العكـــس أن يقـــيم الدلـــيل علي ذلك. كصاحب حق الانتفاع أو الارتفاق أو الشريك(٢).

ومـــن ناحية أخري فإنه لا يتصور أن يكون الشيء الواحد مملوكا ملكية كاملة لأكثر من شخص في نفس الوقت، ولا تعني الملكية الشائعة تعـــدد الملاك لنفس الشيء بل يملك كل شريك حصة فيه علي الشيوع، أي يجـــوز تملك أكثر من شخص للشيء علي الشيوع حيث يكون لكل منهم حصته فيه.

(٣) الملكية حق دائم :

يقصد بدوام الملكية أنها لا تزول بعدم الاستعمال، فالملكية حق دائم Droit Perpétuel يبقي لصاحبه ما بقي محله، ما لم ينتقل لغيره. ويختلف حق الملكية عن الحقوق العينية الأخرى التي تقبل التأقيت كحق الانتفاع أو الارتفاق، ويختلف كذلك عن الحق الشخصي الذي يسقط بالتقادم.

يظـــل المالك حرا في استعمال ملكه من عدمه، ولا تسقط الملكية بعـــدم الاســـتعمال مهما طالت المدة علي عدم استعماله، وتظل الوسائل

---

(١) انظر ما يلى ص ٣٤.

(٢) السنهوري، ص ٤٩٣.

القانونـــية لحمايـــة الملكية قائمة ولا تسقط بالتقادم[1]. ولا ينقضي حق الملكـــية بانقضـــاء مدة محددة، كحق الانتفاع مثلا. ولكن الملكية تزول بزوال الشيء، وتنتقل بالتصرف، كالبيع والهبة، أو بالميراث .

ويتـــرتب علي الطبيعة الدائمة لحق الملكية أنه لا يجوز أن تقترن بأجـــل واقـــف أو فاسخ وإلا كانت ملكية مؤقتة، ذلك أن اقتران الملكية بأجـــل أي تأقيتها يتنافي مع كونها حقا دائما، لا يصح الاتفاق مثلا علي أن يكتســـب المشتري ملكية المبيع لمدة عشر سنوات فقط، فهذا الاتفاق الـــذي يضـــيف الملكية الي أجل فاسخ يتنافي مع طبيعة الملكية ويكون بـــاطلا، ويمكن حمل مثل هذا الاتفاق علي أنه إنشاء لحق انتفاع حيث يقبل هذا الحق بطبيعته التأقيت.

ويعن لنا، في هذا المقام، إبداء ملاحظتين أساسيتين :

الأولـــي: لا ينطـــبق ذلـــك علـــي حالات نقل الملكية علي سبيل الضـــمان، حـــيث ينقل المدين ملكية الشيء للدائن بضمان الوفاء بحقه، وتعـــود الملكـــية الـــي المدين بمجرد سداد الدين. وكذلك الحال في بيع الوفاء، حيث يبيع المدين الشيء الي الدائن، ويحق للبائع استرداد المبيع

---

(١) ما لم يقم شخص آخر بحيازة الشيء بنية تملكه المدة القانونية فيتملكه بالتقادم، كما سنري.

وإن كانـــت الملكية حقا دائما لا يسقط أبدا عن المالك، إلا أن من حق الغير كسب هذه الملكية إذا توافرت له الحيازة الصحيحة بالشرائط التي استلزمها القانون. (نقض ١٩٧٠/٥/١٢ س ٢١ ص ٨٠٣)

حـــق الملكية حق دائم لا يسقط بمجرد عدم الاستعمال مهما طال الزمن، ومن ثم فـــان الحكـــم المقـــرر لهذا الحق لا يسقط بالتقادم وينتج أثره ولو لم ينفذ، ولا يجـــوز إطـــراحه إلا إذا توافرت لدي المحكوم ضده بعد تاريخ الحكم شروط وضـــع الـــيد علـــي العقـــار المـــدة الطـــويلة المكســـبة للملكـــية. (نقض ١٩٨٠/١/٢٩ س ٣١ ص ٣٦٠)

في الموعد المحدد عند رد الثمن وملحقاته (وهو في الحقيقة مبلغ الدين وفوائده). هذا البيع أبطله المشرع المصري وأجازته دول أخري كفرنسا ولبـــنان، إلا أنه ينبغي ملاحظة ان الاتفاق الناقل للملكية، في مثل هذه الحـــالات، يكـــون معلقا علي شرط فاسخ، وتكون الملكية بالتالي معلقة علي نفس الشرط(١).

الثانـــية: مـــن الواضح ان تلك النظرية التقليدية، فيما يتعلق بتأبيد الملكـــية، قد بدأت في الاهتزاز أمام تكشف الواقع العملي عن نوع من الملكـــية الزمنية للعقارات وبعبارة أخري للانتفاع بها، ويحدث ذلك في الأماكن الخاصة بالمصيف أو المشتي "الشاليهات" حيث يمتلك أكثر من شخص لنفس المكان يتحدد نصيب كل منهم بمدة زمنية معينة (شهر أو أيام مثلا) خلال العام.

وينـــتقل هـــذا الحـــق بالتصرف والميراث، لذلك فهو حق ملكية بالمعنـــي الدقـــيق، كل ما في الأمر إن نطاقه محدد بمدة زمنية، إلا أنه مـــؤبد وباقي ما بقي محله وينتقل من شخص إلى آخر. ويصعب القول بأننا أمام حق انتفاع لان هذا الحق مؤقت ينتهي بانتهاء المدة المحددة له أو بوفاة المنتفع أيهما أقرب، فلا ينتقل إلى الورثة.

(٤) الوظيفة الاجتماعية للملكية :

الملكـــية حـــق مطلق Droit absolu بمعني مكنة الاحتجاج به قبل الـــناس كافة، وبمعني أن للمالك السلطة الكاملة في استعمال ملكه علي الـــنحو الذي يريد. كانت النظرة التقليدية للملكية أنها ذات طبيعة مطلقة

---

(١) انظـــر فـــي ذلـــك مؤلفنا : شرط الاحتفاظ بالملكية، منشأة المعارف ١٩٩٤؛ ومؤلفنا في النظرية العامة للائتمان، دار الجامعة الجديدة ٢٠٠١ .

وفي هذه الحالة يختلط الاستعمال بالاستغلال.

Ralph E. Bayer, The law of property, P.8.

بمعنـــي أن المالك يتمتع بسلطات غير محدودة علي الشيء الذي يملكه ولا يكـــون مسئولا عما يحدث للغير من ضرر بسبب استعماله للشيء طالما ظل ملتزما الحدود القانونية.

لكـــن هذه النظرة تغيرت بعد ذبول المذهب الفردي وتطور الفكر الحديث نحو مفهوم الحق بصفة عامة والملكية بصفة خاصة، حيث ساد المذهب الاجتماعي وأصبح للملكية وظيفة اجتماعية تستهدف إلى جانب إشـــباع حاجة المالك تحقيق مصلحة الخير للجماعة، ويترتب علي ذلك تقـــديم المصلحة العامة علي حق الملكية وإمكانية تقييده وفرض القيود علـــيه، وإذا انحـــرف المالـــك في استعمال ملكه عن الغاية المشروعة وُصـــف بالتعســـف وفقـــد حمايـــة القانون وتعرض للمساءلة. وبدأت التشريعات المعاصرة في وضع الكثير من القيود علي حق الملكية سواء للصالح العام أو لحماية بعض المصالح الخاصة الجديرة بالرعاية(١).

ولكن تقييد الملكية أو المساس بها للمصلحة العامة ينبغي ان يكون في أضيق نطاق وفي حدود تلك المصلحة، لأن الملكية حق أساسي ثابت بمقتضـــى الدستور، ومن ثم "لا يجوز لأحد أن يحرم أحداً ملكه إلا في الأحـــوال التي يقررها القانون وبالطريقة التي يرسمها، ويكون ذلك في مقابل تعويض عادل"(٢).

---

(١) إن الملكـــية ليســـت حقاً مطلقاً لا حد له. بل هي وظيفة اجتماعية يطلب الي المالك القيام بها ويحميه القانون مادام يعمل في الحدود المرسومة لمباشرة هذه الوظـــيفة، أمـــا إذا خرج علي هذه الحدود فلا يعتبره القانون مستحقاً لحمايته، ويترتب علي ذلك أنه حيث يتعارض حق الملكية مع مصلحة عامة فالمصلحة العامة هي التي تقدم. (نقض ١٩٨١/٦/١٣ س ٣٢ ص ١٧٩٥؛ طعن ٢٣٣٦ س ٥٦ق جلسة ١٩٩٤/١/٢٦)

(٢) م ٨٠٥ مدني.

انظر تفاوت وتطور فكرة الملكية.

المبحث الثاني

نطاق حق الملكية

يتحدد نطاق الملكية بالشيء الوارد عليه. ولا تثور صعوبة إذا كان الشــيء منقولاً حيث يسهل تحديده لانفصاله عن غيره من الأشياء، أما العقار وخاصة الأرض، فان الأمر يثير مشكلة الأجزاء والعلو والعمق، والملحقات والثمار.

(أ) شمول الملكية جميع أجزاء الشيء :

تــرد الملكية علي الشيء بجميع أجزائه أي أن مالك الشيء يملك كــل جزء فيه، وكل عنصر من عناصره. أن مالك الشيء يملك كل ما يعد من عناصره الجوهرية بحيث لا يمكن فصله عنه دون أن يهلك أو يــتلف أو يتغير[1]. أي أن الشيء المملوك يشمل حق الملكية فيه جميع أجــزائه المكــونة له، والجزئية آيتها أن يكون الجزء مندمجاً في الكل بحــيث لو فصل عنه لهلك الشيء أو تلف أو تغير .وترد الملكية علي العناصــر والأجزاء الجوهرية لان ملكيتها لا تنفصل عن ملكية الشيء نفسه، ودون حاجة لسبب قانوني جديد لاكتسابها .

R. David, Cam. J. Spinosi, les grands systèmes de droit contemporains, Dalloz, 2002.

(١) م ٨٠٣ مدني.

المحــل الــتجاري يشمل كافة العناصر التي يتكون منها . وملكية الشريك لنصيب فــيه تنصــرف إلى هذه العناصر. وإذ كان الحكم المطعون فيه قد انتهي الي ملكــية المطعون عليه الأول والطاعن للمحل التجاري بقدر نصيب كل منهما، فانه لا يكون قد خالف القانون. (نقض ١٩٧٢/٦/٢٢ س ٢٣ ص ١١٥٤)

والشيء الذي ترد عليه الملكية يكون معيناً بذاته متميزاً عن غيره، سواء تعلق الأمر بمنقول أو بعقار، وإذا كان محل الملكية أرضاً يخشي صعوبة تحديدها فإن القانون يخول كل مالك إجبار جاره علي وضع الحدود لأملاكهما المتلاصقة، وتكون نفقات التحديد مناصفة بينهما[1].

(ب) شمول ملكية الأرض ما فوقها وما تحتها :

تشمل ملكية الأرض ما فوقها وما تحتها إلي الحد المفيد في التمتع بها علواً أو عمقاً . ويجوز الاتفاق علي أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها[2]. يتضح من ذلك أنه:

أولا : إن ملكية الأرض تشمل السطح وما فوقه . فيستطيع المالك بمقتضي ملكيته للعلو أن يقيم فوق أرضه أبنية أو منشآت ويغرس أشجاراً، وتكون طبقة الفراغ فوق السطح مملوكة لصاحب الأرض بالقدر الذي يمكن به تملك الهواء، وكذلك حق التعلية وهو حق البناء فوق الأرض طبقات بعضها فوق بعض.

وبناءً علي ذلك أقام المشرع قرينة قانونية مؤداها ان كل ما علي الأرض أو تحتها من بناءاً أو غراس أو منشآت أخري يعتبر من عمل صاحب الأرض أقامه علي نفقته ويكون مملوكاً له، غير أن هذه القرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها، فيمكن إقامة الدليل علي أن أجنبياً قد أقام هذه المنشآت علي نفقته وأن مالك الأرض قد خول أجنبياً ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق في إقامة هذه المنشآت وتملكها، فمن الممكن فصل ملكية سطح الأرض عن ملكية ما فوقها وعن ملكية ما تحتها، ويكون ذلك بناء علي التشريعات الخاصة أو بمقتضى الاتفاق.

---

(١) م ٨١٣ مدني. محمد كامل مرسي ، ص ١٧٨.

(٢) م ٢/٨٠٣ مدني.

ولاشك ان حق القرار وحق الحكر وحق التعلية يعد من ضروب ملكية ما فوق السطح[1].

وتطبيقاً لذلك فإن للجار أن يمنع الاعتداء علي العلو الذي يعلو أرضه حتى ولو لم يصاب بأي ضرر، فله أن يطلب من جاره قطع أغصان الأشجار الممتدة إلى علوه، وله أن يمنع جاره من مد أسلاك عبر الفضاء الذي يعلو أرضه.

ولكن ملكية العلو مقيدة بالحد المفيد في التمتع به أي بالحد الذي يصلح للاستعمال منه، وعلي هذا ليس للمالك أن يمنع مرور أسلاك البرق أو الكهرباء التي تضعها الدولة للمصلحة العامة علي ارتفاع كاف لا يُحدث للمالك أي ضرر . وليس له منع مرور الطائرات فوق أرضه طالما كان هذا المرور لا يحدث ضرراً .

ثانيا : تشمل ملكية الأرض أيضا ما تحتها أي العمق الضروري للانتفاع بها، فللمالك أن يحفر في أرضه لإقامة أساسات الأبنية، وغرس الشجار، وحفر الآبار والعيون، وعمل مخازن أو سراديب . وله أن يستخرج الأحجار والمعادن والأتربة من جوف الأرض . وللمالك الحق

---

(١) م ٩٢١، ٩٢٢، ٨٠٣ مدني مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ١٨

إن كل من تملك أرضاً صار مالكاً الأرض علواً وعمقاً لكل ما فوقها وما تحتها إلا إذا ظهر أنها لا تتضمن ذلك. (الطعن ٩ لسنة ١٠ ق جلسة ١٩٤٠/٥/٢٣)

- ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها متي كان لا يوجد اتفاق علي خلاف ذلك. (الطعن ٩٦ لسنة ٢٢ ق - جلسة ١٩٥٥/١١/٣)

وإن كان الأصل - طبقاً لنص المادة ١/٩٢٢ من القانون المدني - أن كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يكون ملكاً لمالك الأرض إلا أنه يجوز إثبات عكس ذلك إذ نصت الفقرة الثانية من المادة المشار إليها علي أنه يجوز مع ذلك أن يقام الدليل علي ان أجنبيا قد أقام هذه المنشآت علي نفقته.(نقض ١٩٦٦/٥/٥ س ١٧ ص ١٠١٩)

في منع أي اعتداء علي هذا العمق، فله أن يطلب من جاره قطع جذوع الأشجار الممتدة إلى باطن أرضه، ومنعه من توصيل الأنابيب من أرضه.

وتطبيقاً لذلك إذا وجد في أرض مملوكة لشخص معين معدن ذهب أو فضة أو حديد أو نحاس أو نحوه من الجوامد فإنه يكون ملكاً لصاحب الأرض، وإذا كانت المنفعة لشخص والرقبة لشخص آخر فلمالك الرقبة. وللدولة وحدها حق التنقيب عن المعادن وتعويض مالك الأرض تعويضاً عادلاً، وما يعثر عليه بعد التنقيب يكون لها، ولا يجوز للأفراد ذلك إلا بترخيص من الدولة.

وبالنسبة لملكية الكنز المدفون أو المخبوء الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له يكون لمالك العقار الذي وجد فيه الكنز أو لمالك الرقبة(١).

وتعتبر المواد المعدنية الموجودة في المناجم والخامات التي توجد في المحاجر، التي تحتاج إلى تنقيب، مملوكة للدولة، حيث يكون لها وحدها منح تراخيص الانتفاع بها واستغلالها(٢)، مع تعويض المالك

---

(١) م ٨٨٢ /١ مدني.

(٢) إذ نصت المادة الثالثة من القانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦ الخاص بالمناجم والمحاجر علي أن يعتبر من أموال الدولة ما يوجد من مواد معدنية بالمناجم والأراضي المصرية والمياه الإقليمية ....." فقد دلت علي ان ما يعتبر ملكاً للدولة من تلك المواد المعدنية دون الأماكن التي تستخرج منها، والتي تظل مملوكة لصاحب السطح في الحدود المقررة قانونا، وله حق استعمالها والإفادة منها في غير الأوجه المتعلقة باستخراج أو استغلال ما يوجد بها من مواد معدنية وبما لا يتعارض مع ما يكون مخولا للغير من حق البحث أو الكشف بها عن تلك المواد أو من امتياز استغلالها، وعلي إلا يؤدي عمل المرخص له إلى الإضرار بالسطح، فإذا نجم عن عمله أي ضرر بسطح الأرض أو

تعويضـــاً عـــادلاً. أمـــا مـــواد البـــناء مثل الأحجار والرمال والرخام والجرانيت والحصى فتكون من حق المالك .

وكمـــا هـــو الحـــال بالنسبة لملكية العلو فإن ملكية باطن الأرض محـــدودة بالقدر اللازم للإفادة منها[1]، وليس للمالك بالتبعية الاعتراض علي أي أعمال تقام علي مسافة من العمق لا تكون له مصلحة في منعها كمـــد أنابـــيب المـــياه، وأسلاك الهاتف والكهرباء، ومواسير الصرف الصحي والمياه.

وبـــناء علي قاعدة شمول ملكية الأرض للعلو والعمق، فان هناك قـــرينة قانونـــية مؤداها أن كل ما تحت الأرض من بناء أو غراس أو منشـــآت أخرى يُعتبر من عمل صاحب الأرض أقامه علي نفقته ويكون مملـــوكاً لـــه. إلا أننا أمام قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس حيث يمكن للغيـــر أن يثبت إقامته للمنشآت علي نفقته أو أن مالك الأرض قد خوله إقامـــة هذه المنشآت وتملكها إعمالا لحق الانتفاع أو القرار علي أرض الغيـــر والـــذي يكون منفصلاً عن ملكية الأرض ومن ثم فإن ما يقيمه صـــاحب هـــذا الحق في الأرض يكون مملوكاً له استقلالا، ويجوز له

حـــرمان المالك من الانتفاع بملكه التزم المرخص له بتعويضه عنهما. (نقض ١٩٧٣/١٢/٢٠ س ٢٤ ص ١٣٣١).

(١) ملكـــية الأرض. شمولها الأرض علوًا وعمقًا. حد ذلك. عدم جواز معارضة المالك فيما يقام من عم علِى مسافة من العلو أو العمق لا تكون له مصلحة فى مـــنعه وإلا كـــان متعسفا فى استعمال حقه. (الطعن رقم ٣٤٨٧ لسنة ٦٥ق، جلسة ١٩٩٦/٥/١٥)

التصــرف فــيه مقترناً بحق القرار، ذلك أنه يجوز بمقتضى القانون أو الاتفاق أن تكون ملكية باطن الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها[1].

(ج) شمول الملكية للملحقات والثمار :

لمالــك الشيء الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته ما لم يوجد نــص أو اتفــاق يخالف ذلك[2]. مؤدي هذا ان للمالك كل ثمار الشيء وملحقاتــه وتوابعه شرعاً وعرفاً ما لم يوجد نص أو اتفاق علي خلاف ذلك .

أولا: الملحقــات Les Accessoires: يعــرفها القانون بأنها كل ما أعــد بصفة دائمة لاستعمال الشيء، طبقاً لما تقضي به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين . يشمل حق الملكية إذن ملحقات الشيء مثل حقوق الارتفاق، كحق المرور، والعقارات بالتخصيص، كالمواشي

---

(١) م ٨٠٣، ٩٢٢ مدنــي. منصــور مصــطفى منصور ، حق الملكية، ١٩٦٥، ص٣٥.

ملكــية الأرض تشــمل مــا فــوقها ومــا تحتها، ما لم يثبت غير ذلك. (نقض جلسة ١٩٨٣/٣/٢ س ٣٤ ص ٦٢١).

يشترط في المسجد ــ علي أرجح الأقوال في مذهب أبي حنيفة خلوصه لله تعالي وانقطاع حق العبد عنه فان كان علوا تحته سفل مملوك أو كان سفلاً فوقه علو مملوك فلا يصير مسجداً لأنه لم يخلص لله لتعلق حقوق العباد به بغير الصلاة فيه ولأن في وجود مسكن أو مستغل فوقه أو تحته ما ينافي تعظيمه وعلي هذا لا يخرج من ملك صاحبه ولو جعل بابه إلى الطريق العام وعزله عن مسكنه فلــه أن يبيعه وإذا مات يورث عنه. وليست العبرة في ثبوت المسجدية للمكان بقول وزارة الأوقاف وانما بانطباق شروط المسجد عليه بحسب أرجح الأقوال في مذهب أبى حنيفة. (نقض ١٢/٢٩/ ١٩٦٦ س ١٧ ص ٢٠٣٩)

(٢) م ٨٠٤ مدنى.

والآلات الـزراعية والحظائر، والتحسينات والإنشاءات التي تعد بمنفعة علي المالك(1).

وتختلف الملحقات عن أصل الشيء، فالشيء يشتمل علي أجزائه، وهـذه ليسـت من الملحقات بل هي الأصل. وأجزاء الدار - التي هي الأصـل- تشتمل علي الأرض والبناء القائم والسلم والردهات والحديقة إن وجدت، ونماء الشيء يدخل في أصله لا في ملحقاته، فنماء الحيوان أي كبره ما بين البيع والتسليم داخل في أصله، أما ملحقات الشيء فهو

---

(1) إنـه طـبقاً للمـادة ٢٢٣ من قانون المرافعات تقدر قيمة الدعوي فيما يتعلق بنصـاب الاسـتئناف وفقـاً لأحكام المواد من ٣٦ إلى ٤١ من ذات القانون . والـدعاوي المـتعلقة بملكـية العقـارات تقدر قيمتها بقيمة العقار علي النحو المنصـوص علـيه في المادة ٣٧ من القانون المذكور . لما كان ذلك وكانت المادة ٨٢ من القانون المدني قد جري نصها بأن كل شيء مستقر بحيزه ثابت فـيه لا يمكـن نقله منه دون تلف فهو عقار . وكل ماعدا ذلك من شيء فهو مـنقول. ومـع ذلك يعتبر عقار بالتخصيص المنقول الذي يضعه صاحبه في عقـار يملكه، رصداً علي خدمة هذا العقار أو استغلاله فالمنقول الذي يضعه المالـك في عقار يملكه رصداً علي خدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقارا بالتخصيص، ويشترط لتخصيص المنقول للعقار أن يكون مالكهما واحداً . لما كـان ما تقدم وكانت ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها ما لم يثبت غير ذلـك، ولمالك الشيء - عملاً بنص المادة ٨٠٤ من القانون المدني - الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته ما لم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك، وكان البـين مـن مـدونات الحكم المطعون فيه أن الأرض موضوع النزاع أرض زراعـية عليها حظيرة و آلة ري، وتقدر قيمة آلة الري بمبلغ جنيه، وقد أقام المطعـون عليه دعواه بطلب تثبيت ملكيته للأرض المذكورة بما عليها وكف مـنازعة الطاعنـين لـه فيها، وقد تناضل الخصوم في ذلك، وإذ أغفل الحكم المطعـون فـيه قدير قيمة الدعوي بقيمة الأرض وما عليها علي النحو سالف البيان فيما يتعلق بنصاب الاستئناف، وقدر قيمة الدعوي بالأرض وحدها دون مـا علـيها ممـا كـان محـلا للمنازعة ورتب علي ذلك قضاءه بعدم جواز الاسـتئناف، فان الحكم يكون قد أخطأ في تطبيق القانون. (نقض ١٩٨٣/٣/٢ س ٣٤ ص ٦٢١)

شـــيء غير الأصل والنماء، لأنها ملحقة بالأصل وليست الأصل ذاته، وهــي ليســت متولدة عن الأصل كما تتولد الثمار والمنتجات، بل هي شيء مستقل عن الأصل غير متولدة عنه، ولكنه أعد بصفة دائمة ليكون تابعــاً للأصل وملحقاً به، فإذا كانت معدة بصفة وقتية لا بصفة دائمة، كما إذا استأجر المالك مواشي وآلات لزراعة أرضه، فإنها لا تعتبر من الملحقات.

وملكــية المالــك لملحقات الشيء قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس حيث يمكن إقامة الدليل علي انفصال ملكية الملحقات عن ملكية الشيء وذلك بناء علي نص في القانون أو الاتفاق .

ثانــيا : الثمـــــــار Fruits تشمل ملكية الشيء كل ما ينتجه من ثمار طبيعية أو صناعية أو مدنية، والثمار الطبيعية هي كل ما يتولد عن الشـــيء ذاته بحسب طبيعته كالولد والصوف واللبن والثمر، أما الثمار الصناعية والمدنية فتأتي نتيجة استعمال الشيء أو استغلاله أو التصرف فـــي منافعه. واستعمال الشيء يكون بالانتفاع به ذاتاً، واستغلاله يكون بالحصـــول علـــي غلته التي يصلح لإنتاجها كزراعته أو تأجيره للغير والتصرف في منافعه كبيع الثمار أو الغلة وما إلى ذلك .

أي أن ملكـــية الشيء تتضمن كل نتاجه من فوائد سواء تمثلت في ثمار أو منتجــــات. والثمار هي كل ما ينتج بصفة دورية عن الشيء دون أن يـــنقص من أصله وقد ينتج ذلك بصفـــة طبيعية Naturel ككلأ المراعـــي ونـــتاج المواشي، وقد ينتج بصورة صناعيـــة Industriel أو مســـتحدثة بفعل الإنسان كمحصول الأرض الزراعية والصيد، وقد ينتج بصـــورة مدنية Civil من خلال استغلال الشيء بأحد الأعمال القانونية كأجرة الأراضي والمباني وفائدة رؤوس الأموال .

أما المنتجات Produits فهي ما ينتج عن الشيء بشكل غير دوري أو علي نحو ينقص من أصل الشيء، كالأحجار المقتطعة من المحاجر، والمعادن المستخرجة من المناجم . وكذلك الحال بالنسبة لأقساط الدين،

وأقســاط المرتب مدي الحياة، بخلاف الحال بالنسبة لفوائد رأس المال فهي تعد من قبيل الثمار المدنية .

والأصل أن للمالك ثمار الشيء ومنتجاته ما لم يوجد اتفاق أو نص فـــي القانون يخالف ذلك، كما لو تنازل المالك للغير عن سلطة استغلال الشـــيء، كما هو الشأن في حق الانتفاع، حيث يكون للمنتفع الحصول علـــي ثمـــار الشيء دون منتجاته التي تظل من حق المالك، وإذا انتقل الشيء إلى يد حائز حسن النية فانه يكسب الثمار دون المنتجات[1].

---

(١) م ٩٧٨، ٩٧٩ مدني.

إذ كانـــت ملكـــية المـــنقول تنتقل إلى المشتري بمجرد تمام البيع وكان بيع ثمار الحدائـــق واقع علي منقول مالا وكان من آثار عقد الإيجار استحقاق المستأجر لمـــنفعة العين المؤجرة فيمتلك الثمرات خلال مدة العقد. (نقض ١٩٨١/١٢/٨ س ٣٢ ص ٢٢٤٦).

الفصل الثاني
القيود الواردة علي حق الملكية

تمهيد :

يبــين المشــرع حقــوق المالــك في الانتفاع بالشيء واستعماله واستغلاله والتصرف فيه بشرط أن يتم ذلك في حدود القانون.

ولمــا كانت الملكية وظيفة اجتماعية يقصد بها تحقيق المصلحتين الخاصة والعامة فإن القاعدة العامة التي يجب علي المالك مراعاتها في اســتعمال حقــوقه بــأن يكون ذلك لا يتنافي مع ما تقضي به القوانين واللوائح والقرارات الشرعية.

مــؤدي ذلــك أن حق الملكية يمكن أن ترد عليه الكثير من القيود القانونية، بعض هذه القيود يتقرر للمصلحة العامة والبعض الآخر يتقرر للمصلحة الخاصة، وترد هذه القيود بصفة عامة علي سلطات المالك في الاستعمال والاستغلال أو علي حرية التملك نفسها.

بالنسبة للقيود المقررة لمصلحة عامة فهي كثيرة ومتنوعة وتتغير بحسب ظروف كل مجتمع ومن زمان لآخر طبقا للمعطيات الاقتصادية والاجتماعــية والسياسية القائمة، وترد عادة في تشريعات خاصة. ومن أمثلــتها القــيود المــتعلقة بنزع الملكية للمنفعة العامة وقوانين الآثار، والقيود التي تتضمنها قوانين تنظيم المباني والتخطيط العمراني[1]. وتلك

---

(١) مــثال ذلــك الالتزام بترك المسافات القانونية : فقد قضت محكمة النقض بأن: مؤدي ما نصت عليه المادتان الثالثة والسادسة من القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٧٤ بشــأن منشآت قطاع الكهرباء أنه بالنسبة للعقار الذي تمر فوقه أو بالقرب منه أســلاك الخطــوط الكهربائية ذات الجهود الفائقة أو العالية أو المتوسطة يحظر علــي صاحبه - دون مراعاة المسافات المنصوص عليها في المادة السادسة - أن يقيم مبان علي الجانبين إذا كان العقار أرضا فضاء أو أن يرتفع بالمباني إذا كان العقار مبنيا، وفي حالة مخالفة هذا الحظر يتعين طبقا للمادة الثالثة أن يحكم علي وجه الاستعجال بهدم المباني المخالفة وإزالتها علي نفقة المخالف.

المـــتعلقة بـــالمحلات العامة المقلقة للراحة والمضرة بالصحة. هذا إلى جانب القيود التي ترد علي حرية التملك ذاتها كوضع حد أقصي للملكية أو تنظيم تملك الأجانب للعقارات باعتبارها ثروة قومية(1).

أمـــا عن القيود القانونية التي ترمي إلى تحقيق المصلحة الخاصة، فهي تتقرر لصالح الأفراد فيما بينهم وتؤدي إلى تحقيق المصلحة العامة بطـــريق غير مباشر، ومن أمثلتها القيود التي ترمي إلى رعاية مصالح الجيران وتتعلق بالري والصرف والحدود والمرور إلى غير ذلك.

وتتمثل القيود القانونية في مجموعات ثلاث هي :

- **مضار الجوار غير المألوفة .**
- **حقوق الشرب والمجري والصرف والمرور .**
- **الحدود والجدران والمطلات والمناور .**

وهناك قيد اتفاقى يتمثل في شرط المنع من التصرف .

- إذا رأت منطقة أو مديرية الكهرباء المختصة أن المباني أو العوائق القائمة التي تعترض منشآت قطاع الكهرباء، ينشأ عن وجودها في حدود المسافات المذكورة أو حركتها أو سقوطها أضرار بهذه المنشآت، فلها في غير الحالات التي يخشي معهـــا وقوع ضرر يتعذر تداركه أن تطلب من ملاك هذه المباني أو العوائق أو أصـــحاب الحقوق عليها إزالتها علي أن يعوض صاحب الشأن عما أصابه من ضرر دون حاجة إلى نزع ملكية الأرض التي تقوم عليها المباني.(نقض ٢/٢٧/ ١٩٨٥ س ٣٦ ص ٣١٤)

(١) محمد كامل مرسي، ص ٢١٠.

المبحث الأول
مضار الجوار غير المألوفة

(أ) المبـــدأ :

"علي المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار. ولـــيس للجـــار أن يرجع علي جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكـــن تجنبها. وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف، مع مراعاة الأعراف وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة للآخـــر، والغرض الذي خصصت له، ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون طلب إزالة الأضرار"[1].

يتضـــح من ذلك أنه ليس للمالك أن يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك جاره، كما أن عليه أن يتحمل مضار الجوار العادية التي لا يمكن تجنبها، فمثلا ليس للجار أن يدق بشدة بجوار حائط جاره لكي لا يوهـــنها أو يسقطها، وليس له أن يضع ماكينة تطلق أصواتا مدوية في مـــنطقة ســـكنية حتي لا يزعج جيرانه، وأن لا يحدث في الليل أصواتا عالـــية تقلـــق الكبار وتفزع الصغار، ولكن عليه مثلا أن يتقبل الروائح والأبخرة والأدخنة التي تخرج من الأفران والمطابخ في المنازل عادة، ولا يرجع علي جاره في مضارها.

وللجار الحق في طلب إزالة المضار المحدثة، بشرط أن تكون قد تجـــاوزت الحـــد المألـــوف الذي يقرره العرف المحلي، لأن الأعراف تختلف من مكان إلى مكان، ومع مراعاة طبيعة العقارات وهل هي مثلا سكنية أو صناعية أو تجارية، والحي الذي تقع فيه وهل هو حي سكني أو صـــناعي، ومـــدي المسافة بين العقارات وبعضها، والغرض الذي خصصت له[2].

---

(١) م ٧، ٨ مدنى.

(٢) منصور مصطفى منصور، ص ٥٧.

(ب) حالات مسؤولية المالك :

تقوم مسؤولية المالك إذا سبب للجار مضارا غير عادية. وتختلف هذه الحالة عن حالتين أخرتين يكون فيهما المالك مسؤولا طبقا للقواعد العامة وهما :

١- الخطـأ فـي اسـتعمال حق الملكية : يبدو خطأ المالك في استعمال حق الملكية في حالتين :

الأولـي : مخالفـة المالك للقوانين واللوائح[1]: ينبغي علي المالك اسـتعمال حقه في حدود القوانين واللوائح التي تقيد هذا الحق، فإذا أخل بأي من الالتزامات التي يفرضها عليه المشرع شكل ذلك خطأ يستوجب مسئوليته التقصيرية. فمثلا يسأل المالك عن الأضرار التي تنتج عن فتح محـل مقلق للراحة دون ترخيص أو دون مراعاة الاشتراطات اللازمة لحماية سلامة الناس.

الثانـية: ارتكـاب المالك خطأ : يرتكب المالك خطأ ويسأل طبقا لقـواعد المسؤولية التقصيرية اذا انحرف في استعمال ملكه عن سلوك الشـخص المعـتاد وذلك كأن يتسبب في هدم مباني الجار بسبب حفره لأساسات منزل أو يتلف ممتلكات ومزروعات الجار بسبب تخزين مواد

---

(١) مؤدي نص المادة ٨٠٦ من القانون المدني أن حق الملكية ليس حقا مطلقا وأن المالك في استعماله إياه يجب أن يعمل في حدود القوانين واللوائح فإذا أخل بأي التـزام فرضـته علـيه هـذه القوانين واللوائح كان الإخلال بهذا الالتزام خطأ يسـتوجب المسـئولية التقصيرية ومن ثم فان الجار الذي يخالف القيود القانونية يرتكب خطأ، فإذا ترتب علي خطئه هذا ضرر للجار فانه يلتزم بتعويض الجار عـن هـذا الضـرر مهما كان ضئيلاً ويستوي في ذلك أن يكون الضرر ماديا أصاب الجار في مصلحة ماليًا أو أدبيًا أصاب الجار في معنوياته ومنها شعوره بالاعـتداء علـي حـق له. (نقض ١٩٩٢/٤/١٦، الطعن ٣٠٥٥ لسنة ٦١ ق؛ نقـض ١٩٨٢/١١/٢١ س٣٣ ص ٩٨٤؛ الطعن ٣٧٥١ س ٦٠ق جلسة ٢/٦/ ١٩٩٥)

بنائه. ويسأل الجار كذلك طبقا لقواعد المسؤولية الشيئية بوصفه حارسا للبناء عن أي ضرر للجار ينجم عن تهدمه، في هذه الحالة يكون الخطأ مفترض في جانبه.

٢- التعسـف في استعمال حق الملكية : يسأل المالك إذا تعسف في استعمال حق الملكية، ويبدو هذا التعسف في أحد فروض ثلاثة :

الأول : استعمال الملكية بقصد الإضرار بالغير دون أن تعود عليه منفعة من ذلك، كمن يحفر أرضه بقصد مضايقة الجار.

الثانـي: إذا كانـت المصالح التي يرمي الي تحقيقها قليلة الأهمية بحـيث لا تتناسـب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها. ويعتبر القضاء تفاهة المصلحة التي تعود علي المالك من فعله قرينة علي توافر نية الإضرار ومن أمثلة ذلك القاعدة التي تقضي بأنه ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قوي، إن كان هذا يضر بالجار الذي يستتر ملكه بالحائط(١).

الـثالث: اسـتعمال الملكية بقصد تحقيق مصلحة غير مشروعة، وذلـك كمـن يسـتخدم داره ملتقي للمشبوهين وممارسة الأعمال غير المشروعة.

والفـروض الثلاثة السابقة يعتبر المالك متعسفا في استعمال حقه ويسأل عن كل الأضرار التي يسببها للغير بسبب هذا الاستعمال.

٣- مسـؤولية المالك عن المضار غير العادية : ليس للمالك أن يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك جاره، كما ان عليه أن يتحمل مضار الجوار العادية التي لا يمكن تجنبها. مؤدي ذلك ان هناك شرطان

---

(١) م ٨١٨ /٢ مدنـي، انظـر المادة الخامسة وتطبيقاتها في مؤلفنا لنظرية الحق، الإسكندرية ١٩٩٨.

A. le page, le voisinage, Defrénois, 1999, n. 25.

لمسـؤولية المالـك: ضـرر غير عادي يصيب الجار، غلو المالك في استعمال حقه.

إنـنا هنا أمام حالة لا يخالف فيها المالك نصا قانونيا ولا يرتكب خطـأ تقصيري ولا يتعسف في استعمال حقه، ومع ذلك يسبب لجيرانه ضـرراً غير عادي. ويبدو ذلك واضحا أمام الأنشطة الحديثة، وازدياد التوسـع العمراني وتقدم المدنية بما تحمله من تقنية معقدة. كمن ينشئ مصـنعا ويراعـي فـيه شـروط الترخيص، إلا أنه تنبعث منه أبخرة وغـازات ضارة بالجيران علي نحو غير مألوف وتقلق راحتهم وتؤثر فـي المحـال المجـاورة. هنا يسأل المالك استنادًا إلى فكرة الغلو في استعمال حق الملكية.

(ج) تقدير الضرر غير العادي :

يمنع القانون المالك من الغلو في استعمال حقه إلى الحد الذي يضر بالجـار إضرارا غير عادي. ويستطيع المالك أن يستعمل حقه بالطريقة التـي تخلو من الغلو حتي ولو سبب أضرارا للجيران طالما كانت هذه الأضـرار مألـوفة، ويجري العمل علي التسامح فيها طبقا لضرورات العيش في الجماعة.

فالعمـل الضـار لا يوجب المسؤولية حتما، بل لابد أن يكون في العمل غلو من المالك في استعمال حقه ٠

ومعـيار الغلو هو معيار مرن يتصف به كل عمل يُحدث ضررا غيـر مألـوف بالجار، فالمعيار إذن هو الضرر غير المألوف٠ ويجب التسـامح فـيما يحدثه الجيران بعضهم لبعض من ضرر مألوف، وإلا غلـت أيـدي الملاك عن استعمال حقوقهم، أما إذا أحدث عمل المالك ضـرراً غيـر مألـوف بالجار، فإنه يصبح مسؤولا عن تعويض هذا الضرر.

ومعـيار الضـرر غيـر العادي هو أيضا معيار مرن يتواءم مع الظـروف المخـتلفة ويستجيب لمقتضيات الحاجات المتغايرة. ويترك لقاضي الموضوع تقدير الضرر علي ضوء المعطيات الموضوعية التي أوردها النص وهي العرف، وطبيعة العقارات، وموقع كل منها بالنسبة

للآخر، والغرض الذي خصص له العقار. فمثلا ما يعتبر ضررا مألوفا فــي ناحــية مكتظة بالمصانع والمقاهي والمحلات العامة يعتبر ضرراً غيــر مألوف في ناحية هادئة خصصت للمساكن دون غيرها. فإذا فتح محــل مقلق للراحة في وسط هذه المساكن الهادئة، كان هذا ضرر غير مألــوف تجــب إزالــته. وما يعتبر ضررًا مألوفا في مصنع تدور فيه الآلات وتشــتد الضوضــاء قــد يعتبر ضرراً غير مألوف بالنسبة إلى المستشفي.

ومعــيار الضــرر هــو معــيار موضوعي يعتد فيه بالاعتبارات الموضــوعية الســابقة وليس معيارا ذاتيا يقوم علي حالة الجار الذاتية، وإنمــا العبــرة بحالة الشخص المعتاد أي بمدي جسامة الضرر بالنسبة للشخص العادي. فالضوضاء البسيطة لا تعتبر ضررا غير مألوف ولو أحــدثت أزمــة عصــبية للجــار المريض بأعصابه أو ذي الحساسية المفــرطة. ويجــب الاعتداد بالحالة الخاصة للجار متي كانت عادية أو كــان نشــاطه أمرًا طبيعيًا، وعلي هذا يسأل الجار عن الأضرار التي يســببها مصــنعه لدور العلاج أو الاستشفاء أو لصاحب مغسل يضايقه الدخان الناجم عن آلاته.

(د) أثر الترخيص الإداري للمالك :

يظــل المالــك مســؤولا عــن الأضرار غير العادية التي يسببها للجيران حتى ولو كان النشاط الذي يمارسه مستندا إلى ترخيص إداري، فــلا يحــول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون طلب إزالة الأضرار. حقا إن الترخيص الإداري غالبًا ما يراعي تلك الاعتبارات، إلا أنه مع ذلك إذا سبب النشاط ضرراً غير مألوف للجيران فإن المالك لا يســتطيع التنصــل مــن المســؤولية استنادا إلى الترخيص لأن هذا التــرخيص لا يتضمن إعفاء مالك المحل من المسؤولية عما يحدثه من أضرار.

(هـ) أسبقية المالك في استعمال ملكه :

هل يستطيع الجار المستجد أن يشكو من مضار الجوار غير العادية التي يسببها الجار القديم؟ كالمالك الذي يبني مسكن أو مستشفي بجوار مصنع قديم يسبب ضوضاء.

القاعدة أنه إذا كان المحل المقلق للراحة هو القديم وقد وجد في ناحية مناسبة له، ثم استحدث بعد ذلك بجواره بناء للسكني الهادئة، فليس لصاحب هذا البناء أن يتضرر من مجاورة المحل المقلق للراحة، لأنه هو الذي سعي إلى جوار المالك وهو عالم بما في هذا الجوار من مضار، فيكون قد ارتضي ذلك ضمناً[1].

فإذا أقدم شخص علي بناء دار قريبة من معامل، فلا يحق له التضرر من وجود دخان يتصاعد من مداخنها أو قلق تحدثه آلاتها، لأنه جار طارئ عليها ولأنه تخير في بناء داره نقطة ظاهرة العيب، وعلي ذلك لا يحق له طلب تعويض من أصحاب هذه المعامل عن شيء من ذلك. وليس لمن يقيم منزلاً بمنطقة تكثر فيها المصانع وتعتبر حياً صناعياً أن يشكو بعد ذلك من مضار الجوار العادية فيه.

إلا أنه ليس معني ذلك تحمل كافة الأضرار أيا كانت في هذه الحالات، بل يمكن الحصول علي تعويض عن الأضرار غير العادية بالنسبة لهذه الأماكن، أي أن الضرر يقاس علي ضوء الواقع والمألوف فيها.

(و) التعويض عن الضرر غير العادي :

القاعدة أن المالك الذي يغلو في استعمال ملكه علي نحو يسبب ضررًا غير عادي للجار، يلتزم بإزالة هذه الأضرار، أي أنه طبقاً

---

(١) محمد كامل مرسي، ص ٢٥٦.

للقـــواعد العامة يكون التعويض عينياً أو نقديًا، فالمحكمة يمكن أن تأمر بإزالة الضرر أو أن تقتصر علي الحكم بالتعويض.

يستطيع القاضي إلزام المالك بإزالة المضار، وذلك باتخاذ ما يلزم لمـــنع الضـــرر في المستقبل، كأن يتم إجراء تعديلات من شأنها تلافي الضـــرر مـــثل رفع المدخنة أو تغيير اتجاهها أو نقل بعض الآلات أو وضع عوازل للصوت أو تعديل أوقات العمل بحيث لا تتنافي مع أوقات الراحة. وذلك مع الحكم بالتعويض النقدي عن الأضرار التي وقعت في الماضي[1].

وقد لا يجد القاضي بداً من الحكم بغلق المحل مصدر الضرر حتي ولو كان هناك ترخيص من الجهة الإدارية لأن الترخيص لا يحول دون استعمال هذا الحق طبقاً لصريح النص •

وللقاضي سلطة تقديرية في الحكم بالتعويض العيني فإذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين أجاز له أن يقتصر علي دفع تعويض نقدي، إذا كـــان ذلـــك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيما. لذا فقد يفضل القاضي الحكـــم بالتعويض للجار بدلاً من إزالة المصنع مصدر الضرر لأن هذا الضـــرر لا يتناســـب مـــع ما يعود علي صاحب المصنع وعماله من أضرار. فالقاضي يوازن بين المصالح ويختار. الحكم بالتعويض العيني أو بالتعويض النقدي. وفي حالة اختيار التنفيذ العيني فإن الإزالة تكون علي حساب المالك.

---

(1) Cosmas P. Yocas, les troubles de voisinge, Lgoj, 1966, P. 145.

المبحث الثاني
قيود الري والصرف

نظم القانون المدني حقوق الشرب والمجري والمسيل، وبين كيفية الانـتفاع بهـا بـين الأراضي الزراعية، هذا وقد أضاف قانون الري والصرف بعض القيود الخاصة في هذا الصدد[1].

المطلب الأول
حق الشرب

(أ) مفهوم الحق :

"مـن أنشأ مسقاة أو مصرفا خصوصيا طبقا للوائح الخاصة بذلك كـان لـه وحـده حق استعمالها. مع ذلك يجوز للملاك المجاورين أن يستعملوا المسقاة أو المصرف فيما تحتاجه أراضيهم من ري أو صرف بعد أن يكون مالك المسقاة أو المصرف قد استوفي حاجته منها"[2].

وتعلق المذكرة الايضاحية علي هذا النص بقولها:

"القاعدة أن من أنشأ مسقاة علي نفقته الخاصة طبقاً للوائح المتعلقة بذلك كان مالكا لها، وكان له وحده حق استعمالها، علي أنه إذا استوفي حاجـته مـنها وبقـي بعد ذلك من الماء ما تحتاج إليه أراضي الملاك المجـاورين، فلهؤلاء أن يأخذوا ما هم في حاجة إليه، علي أن يشتركوا فـي نفقـات إنشاء المسقاة وصيانتها بنسبة مساحة أراضيهم التي تنتفع منها.

ويتبـين مـن ذلك أن ملكية المياه الفائضة عن الحاجة تنزع من مالكهـا لا لمصـلحة عامة بل لمصلحة خاصة، ويدفع المالك التعويض المناسب عن ذلك، وهذا قيد علي حق الملكية خطير بقدر ما هو عادل، ويلاحـظ أن مالـك المسـقاة مفضل علي الجيران، فهو الذي يستوفي

---

(١) انظر مؤلفنا فى القانون الزراعى، الإسكندرية ١٩٩٨.

(٢) م ٨٠٨ مدنى.

حاجــته مــن المياه أولا ويأتي الجيران بعد ذلك، فإذا تزاحموا قدم من كانت حاجته أشد، ويترك تقدير ذلك للجهة الإدارية المختصة".

(ب) شروط الحصول علي حق الشرب :

يشترط لقيام الحق في الشرب الشروط الآتية :

١- وجود مسقاة خاصة : يجب وجود مجري ماء أو قناة، ينشئه المالــك فــي أرضــه لريها. هذا المجري يكون ملكاً لصاحبه، وهو قد يتصــل بالنــيل أو التــرعة العامة أو بمجري عام وقد يتصل بمجري خــاص، والفارق بين المجري العام والمجري الخاص أن الثاني خاص بمالكه، أما الأول فالجميع سواء في رخصة الانتفاع بمياهه وفقاً للنظام الذي تضعه وزارة الري.

٢- وجــود فــائض مــن مياه المسقاة عن حاجة مالكها: فمالك المسقاة الخاصة له الأولوية في الحصول علي المياه الكافية لري أرضه، إذ هــي ملكــه وهو الذي يتعهدها في الأصل بالتطهير والصيانة، فإذا استوفي حاجته بكافة الطرق من هذه المسقاة وفاضت مياه بعد ذلك، كان لجاره الحصول علي حق الشرب من هذه المياه الفائضة.

٣- وجــود أرض مجاورة مملوكة لشخص آخر: لاشك في أحقية الجار الذي تلاصق أرضه مسقاة جاره في حق الشرب، فقد تكون أرض الجــار ملاصــقة للمسقاة ذاتها أي لضفتها، وقد تمر المسقاة في أرض الجار، الذي له حق الشرب، طبقا لحق المجري الذي حصل عليه مالك المسقاة.

ولكــن التساؤل ثار بالنسبة لأرض الجار التي لا تلاصق المسقاة ذاتها، ولكنها ملاصقة لأرض المالك التي أنشئت فيها المسقاة.

يــري الــبعض أنــه ليس للجار الحق في الشرب لأن المقصود بالجوار هو تلاصق الأرض المحتاجة للري مع المسقاة ذاتها، ولا يكفي مجــرد الجوار للأرض التي أنشئت فيها المسقاة، ويستند هذا الرأي إلي أن حــق الشرب يعتبر قيداً استثنائيا وارداً علي الملكية لا ينبغي التوسع

فـــي تفسيره، وإننا بصدد حكم استثنائي علي خلاف الأصل العام، وهو الحق الاستئثاري للمالك علي مسقاته الخاصة.

ولكـــن الرأي الراجح يري أنه "يكفي الجوار للأرض التي أنشئت فـــيها المســـقاة، ولا ضرورة لأن تكون المسقاة نفسها ملاصقة لأرض الجـــار، لأن عـــبارة "المـــلاك المجاورين" التي وردت بالنص جاءت مطلقـــة، لا تميز بين جار ملاصق للمسقاة وجار ملاصق للأرض التي فـــيها المسقاة، فكلاهما جار في معني النص، ولأن الحكمة في الحالتين متوافرة، فالجار في حالة ملاصقته للمسقاة، وفي حال ملاصقته للأرض التـــي فيها المسقاة، في حاجة إلي ري أرضه، وماء المسقاة يفيض علي حاجة مالكها، فواجب التضامن الاجتماعي يقضي في الحالتين بأن يكون للجار الحصول علي حق الشرب ولا شك في أن الجار في هذه الصورة الأخيرة، لا يكتفي بالحصول علي حق الشرب لأرضه بل هو في حاجة أيضـــا إلي حق المجري، إذ يجب أن تعبر مياه المسقاة غير الملاصقة لأرضـــه جزءاً من أرض المالك حتى تصل إلى أرض الجار، ومن ثم يكون للجار أن يحصل أيضا إلي جانب حق الشرب علي حق المجري فـــي أرض المالك، وشرط حق المجري هنا متوافر إذ الجار في حاجة إلـــي المياه لري أرضه، فيأخذها من المسقاة عن طريق الحصول علي حق المجري في أرض المالك".

٤- حاجـــة الأرض المجـــاورة للـــري : يلزم أن يكون الجار في حاجـــة إلي المياه لري أرضه، سواء بسبب عدم وجود مورد للمياه، أو لوجـــود مورد غير كاف، فهنا يستطيع أن يحصل من مسقاة الجار علي القـــدر الـــلازم لتكملة ري أرضه. والقانون لا يلزم الجار بأن يستعمل وســـائل أخـــري لجلـــب المياه اللازمة لري أرضه، ولا يلزمه باختيار

مســـقي معـــين دون الآخـــر، بل له أن يطلب حق الشرب من المسقي الأيسر الذي يتفق مع مصلحته طالما توافرت شروطه[1].

المطلب الثاني

حق المجـــــري

(أ) مفهوم الحق :

يجـــب علي مالك الأرض أن يسمح بأن تمر بأرضه المياه الكافية لـــري الأراضـــي البعـــيدة عن مورد المياه بشرط أن يعوض عن ذلك تعويضًا عادلاً[2].

فحـــق المجـــري أعطـــاه القانون لمالك الأرض البعيدة عن مورد المياه، فله أن تمر من أرض الجار المياه الكافية لري أرضه، وهي مياه يأخـــذها من ترعة عامة، أو من ترعة خاصة مملوكة له، أو من ترعة خاصـــة مملـــوكة للغيـــر، ولكن تقرر له عليها حق الشرب في نظير تعويض عادل يدفعه لصاحبها ولصاحب أرض الجار.

(ب) شروط حق المجري :

يشترط لقيام حق المجري شرطان :

١- وجـــود أرض بعيدة عن مورد المياه : لا يتقرر حق المجري إلا لأرض تبعد عن مورد المياه، ومن ثم تكون بحاجة لأن تحصل علي المياه من خلال تمريرها بأرض أو أراضي الجيران، فالمجري يتم شقه بـــأرض الجار كوسيلة للحصول علي المياه من موردها، هذا المورد قد يكون ترعة عامة أو مسقاة خاصة.

إذا كان المورد المراد الحصول منه علي المياه مسقاة خاصة فإنه يلـــزم أن يكـــون طالـــب المجـــري صاحباً لحق الشرب أي الحق في الحصـــول علـــي المـــياه مـــن هذه المسقاة. أما إذا كان المورد المراد

---

(١) منصور مصطفى منصور ، ص ٦٦.

(٢) م ٨٠٩ مدنى.

الحصـــول منه علي المياه ترعة عامة أو نهر النيل فإنه يلزم أن يكون طالـــب المجري حائزاً علي ترخيص من وزارة الري أو يكون ملتزما بالشروط التي تضعها الوزارة لأخذ المياه من المورد العام.

٢- حاجة الأرض إلي الري عن طريق المجري : ينبغي أن تكون الأرض فـــي حاجة إلي الري، وأن لا تكون هناك وسيلة لري الأرض ريـــا وافـــيا ســـوي الحصـــول علي مجري للمياه في أرض الجار أو الجيـــران، أمـــا إن كانـــت هناك وسيلة أخري للري كبئر ارتوازي أو مجـــري آخر لم يكن له أن يطالب بحق المجري، ولكن يجب أن تكون الوسيلة الأخرى كافية وغير مرهقة.

المطلب الثالث

حق المسيل أو الصرف

(أ) مفهوم الحق :

يجـــب علي مالك الأرض أن يسمح بأن تمر بأرضه مياه الصرف الآتية من الأراضي المجاورة لتصب في أقرب مصرف عمومي، بشرط أن يعوض عن ذلك تعويضا عادلا.

فحـــق المسيل يعطيه القانون لمالك الأرض البعيدة عن المصرف العام، فيكون له الحق في أن يستعمل المصرف الخاص المملوك لجاره بعد أن يستوفي الجار حاجته، أو في أن ينشئ مصرفا خاصاً علي نفقته في أرض الجار ليصل إلى المصرف العام، وفي الحالة الأولي يشترك مالك الأرض في نفقة المصرف الخاص الذي أنشأه الجار وفي صيانته، وفـــي الحالة الثانية يعطي الجار مقدمًا التعويض العادل عما اقتطعه من أرضه لإنشاء المصرف.

(ب) صورتي حق المسيل :

حق المسيل له صورتان : صورة تقابل حق الشرب، وأخري تقابل حق المجري.

١ - فكما يستعمل الجار مسقاة جاره للري، يستعمل مصرف جاره للصـــرف، وتخضـــع هـــذه الصورة لكافة أحكام حق الشرب، فالجار المجاور لمصرف خاص أو للأرض التي بها هذا المصرف يستطيع أن

يصـــرف مياهه الزائدة فيه، ولكن بعد استيفاء صاحب المصرف حاجته منه، وأن يكون ذلك مقابل تعويض عادل.

٢- "وكما أن للجار الحق في المجري لتمر مياه الري عبر أرض جاره أو جيرانه حتى تصل إلى أرضه، له كذلك حق المسيل لتمر المياه الـــزائدة بعد ري أرضه، عبر أرض جاره، أو جيرانه، حتى تصل إلى أقرب مصرف عام".

ففـــي هذه الحالة يكون للجار حق تمرير مياه الصرف عبر أرض أو أراضي جيرانه، حتى تصل إلي المصب[١].

وتسري نفس أحكام حق المجري علي هذه الصورة، ماعدا جزئية واحدة، هي أن حق المجري يتقرر للوصول الي أي مورد للمياه يستوي أن يكون عاماً أو ترعة خاصة، أما حق المسيل فلا يتقرر إلا للوصول إلي مصرف عام.

ويشـــترط فـــي كلتا الصورتين "أن تكون الوسيلة الوحيدة لصرف مـــياه الجار هي حصوله علي حق المسيل في أرض جاره، فإذا كانت لديه وسائل أخري، كأن استطاع أن يصرف المياه من طريق آخر ولو

---

(١) إذا تعهـــد شـــخص باحترام حق ارتفاق بالصرف مقرر علي عقاره لمصلحة جيـــرانه بمـــوجب اتفاق عقد بين الطرفين وأنه إذا أراد تغطية المصرف منعا لانتشـــار الـــبعوض فعليه وضع مواسير تزيد سعتها علي المتر وبطريقة فنية تضـــمن ســـير المياه سيرا عاديا ولكنه لم ينفذ التزامه بل عمد إلى التخلص منه بالالـــتجاء للجهات الإدارية لتحرير محضر مخالفة ضده ولما صدر الحكم فيها نفـــذه بوضع مواسير وإن كانت لا تخالف في اتساعها مقتضي حكم المخالفة إلا أنهـــا أقـــل ســـعة ممـــا تعهد به وما يقتضيه التزامه من ضمان عدم الإضرار بالمنتفعـــين، فـــان الحكم المطعون فيه إذا اعتبره مسئولا عن الإخلال بالتزامه الـــتعاقدي لا يكـــون قد خالف القانون ٠ ولا يغير من ذلك أن يكون تنفيذ الحكم الصـــادر في المخالفة قد تم تحت إشراف مندوب من قبل النيابة العمومية متي كان الحكم قد أثبت أن المدين هو الذي أشرف فعلا علي التنفيذ. (نقض ١٠/٣/ ١٩٥٥ طعن رقم ١٢٣ سنة ٢١ ق).

كـــان بعـــيداً أو حصل بالاتفاق مع جيران آخرين علي حق المسيل في أراضيهم، لم يعد له، بعد ذلك، أن يطلب حق المسيل في أرض جاره".

المطلب الرابع
الأحكام المشتركة بين حقوق الشرب والمجري والمسيل

هــناك قــواعد مشــتركة تســري علي حقوق الشرب والمجري والمســيل، تــنظم هــذه القواعد إجراءات الحصول علي تلك الحقوق، والتعويض عنها، والالتزام بصيانتها.

(أ) إجراءات الحصول علي تلك الحقوق :

الأصـــل أن حقـــوق الشرب والمجري والمسيل تنشأ بالاتفاق بين مالـــك الأرض التـــي تحـــتاج إلـــي ري أو صرف ومالك المسقاة أو المصرف الخاص أو مالك الأرض التي يشق فيها المجري.

ويتم التراضي بين الأطراف علي مضمون الحق ونطاقه وأحكامه، وذلك كتحديد مكان وزمان الري أو الصرف وطريقته وشروط استعماله والمقابل الذي يدفعه إلي غير ذلك. أما في حالة تعذر الوصول إلى اتفاق فـــإن الأحكـــام التـــي وضعها قانون الـــري والصرف تكون واجبة التطبيق[1].

"إذا تعذر علي أحد الملاك ري أرضه أو صرفها علي وجه كاف إلا بإنشاء مسقاة خاصة أو مصرف خاص في أرض غيره أو باستعمال مســقاة خاصة أو مصرف خاص موجود في أرض الغير وتعذر عليه الاتفـــاق مـــع مالكها، فيعرض شكواه علي مفتش الري ليأمر بالتحقيق فيها، وعلي المفتش أن يطلب جميع الخرائط والمستندات التي يستلزمها بحث طلبه في مدة لا تجاوز أسبوعين من تاريخ وصول الطلب إليه".

---

(١) المواد ١٠ : ٢٠ من القانون رقم ٧٤ /١٩٧١، حسن كيره ، ص ٩٧..

ويتولي مدير أعمال هندسة الري إجراء التحقيق في موقع المسقاة أو المصرف بعد أن يعلن بكتاب خوصي عليه مصحوب بعلم الوصول كل ذي شأن ورئيس الجمعية التعاونية الزراعية بالناحية بالمكان والموعد اللذان يحددهما قبل الانتقال إلى الموقع المذكور بأربعة عشر يوما علي الأقل.

وتعرض نتيجة هذا التحقيق علي مفتش الري ليصدر قراراً مسبباً بإجابة الطلب أو رفضه، ويجب أن يصدر القرار خلال شهرين من تاريخ استيفاء تلك الخرائط والمستندات ويعلن القرار لكل ذي شأن بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول •

وتطبق هذه الأحكام في حالة طلب إقامة آلة رافعة علي أرض الغير عند مأخذ المياه أو مصبها، وكذلك المجري اللازم لها لري أو صرف أرض منفصلة عن المأخذ أو المصب.

وينفذ القرار الصادر من مفتش الري بالطريق الإداري بعد أداء تعويض لجميع الأشخاص الذين لحقهم ضرر منه.

وفي حالة صدور قرار لصالح أكثر من شخص جاز لتفتيش الري أن يرخص لواحد منهم أو أكثر في تنفيذ القرار نيابة عن الآخرين، ويمكن لمن نفذ القرار أن يرجع علي الباقين بما يخص كلاً منهم في التكاليف بنسبة مساحة أرضه.

(ب) التعويض عن تلك الحقوق :

يلتزم طالب حقوق الشرب والمجري والمسيل بتعويض مالك المسقاة أو المصرف أو مالك الأرض التي يشق فيها أيهما[1]. ويشمل

---

(١) حق المجري لا يتقرر لمجرد ما أوجبه القانون علي مالك الأرض من السماح بأن تمر في أرضه المياه الكافية لري الأطيان البعيدة عن مورد الماء بل يجب لذلك أن يتقدم صاحب الأرض الذي يري أنه يستحيل أو يتعذر عليه ري أرضه رياً كافياً والذي تعذر عليه التراضي مع مالك الأرض التي يمر بها المجري، بطلب إلى المحكمة أو جهة الإدارة المختصة لتقرير هذا الحق له وبيان الكيفية التي يكون بها إنشاء المجري وتحديد التعويض الذي يدفعه مقابل تقرير هذا =

التعويض مقابل الحق، هذا بالإضافة إلي تعويض الأضرار التي تصيب المالك من جراء المسقاة أو المصرف أو بمناسبة الانتفاع بهما.

١- بالنسبة للتعويض الذي يلتزم به الطالب في مقابل الحصول علي حق الشرب أو المجري أو المسيل فهو يختلف بحسب نوع الحق.

فيما يتعلق بحق الشرب أو الصورة التي تقابله من حق المسيل، يتضمن التعويض جزءاً من تكاليف إنشاء المسقاة أو المصرف، ويقدر هذا الجزء بنسبة مساحة الأرض التي تنتفع من المسقاة أو المصرف.

"والأصل أن الأراضي التي تنتفع من المسقاة أو المصرف يكون انتفاعها كاملاً، لذلك يجب أن يكون التعويض بنسبة مساحة هذه الأراضي، فإذا كان الانتفاع جزئياً، وجب مراعاة ذلك أيضاً عند تقدير التعويض، فيكون بنسبة مساحة هذه الأراضي وبنسبة هذا الانتفاع الجزئي.

وفي حالة تعاقب طلبات الانتفاع بالمسقاة من الجيران وجب علي كل جار يأتي لاحقاً أن يتحمل، فوق تكاليف الصيانة، حصته في نفقات الإنشاء، ويرد لمن سبقوه من الجيران والمالك نصيب كل منهم في هذه الحصة".

ولا يشمل التعويض جزءاً من ثمن الأرض المحفور فيها المسقاة أو المصرف لأنهما يظلان ملكا خاصاً لصاحبهما[1]، وكل ما للجار هو

الحق له إذ تقرير هذا الحق لا يكون إلا مقابل تعويض عادل. نقض ١١/١١/ ١٩٦٥ س ١٦ ع ٣ ص ١٠٤٤).

(١) إن الحق الذي يتولد من ترخيص جهة الإرادة بإنشاء مسقاة في أرض الغير ليجري بها المياه توصلا لاستعمالها في ري أرض الجار هو حق المجري والشرب وهو الحق المقرر بالمادتين ٨٠٨ و ٨٠٩ من القانون المدني. وتقرير هذا الحق يختلف عن حق الملكية فالحيازة باستعمال المسقاة في الري ركونا إلى ذلك الحق تعتبر حيازة بسبب معلوم غير أسباب الملكية مما تنتفي معه نية تملك أرض المسقاة، وتبقي هذه الحيازة المتجردة من هذه النية غير صالحة -

الانـــتفاع بهما، ويعتبر ذلك من قبيل القيود القانونية التي ترد علي حق الملكـــية وتقتضيها التزامات الجوار، ويتدخل القانون لتقريرها مراعاة لمصـــلحة خاصـــة جديـــرة بالرعاية، ولا تعتبر تلك الحقوق من قبيل الحقوق العينية لأنها لا تشكل ارتفاقات قانونية بالمعني الحقيقي.

أمـــا فـــيما يـــتعلق بحق المجري أو الصورة التي تقابله من حق المســـيل، فيتضـــمن " فضـــلا عن ثمن الأرض التي تشغلها المسقاة أو المصـــرف، والتي حرم منها المالك، كافة الأضرار المؤقتة التي تنجم عن أعمال الإنشاء والأضرار الدائمة التي تتمثل في نقص قيمة الأرض نتيجة شق قناة لا فائدة لها فيها، وليس من شأنها تيسير الزراعة بها".

ويشـــمل الـــتعويض "ثمن الأرض التي تشغلها المسقي الجديدة أو المصـــرف الجديـــد، والمـــال المربوط عليها، وتعويض عن الأضرار الناشئة عنها".

وفـــي جمـــيع الحـــالات لا ينفذ القرار الصادر بانتفاع الجار من المسقاة أو المصرف (المجري أو المسيل) إلا بعد دفع التعويض مقدماً.

وإذا رفـــض صاحب الشأن قبول التعويض المقدر، أو تعذر أداؤه إلـــيه، أودع خزانة التفتيش المختص لحساب ذوي الشأن مع إخطارهم ذلـــك بكـــتاب موصى عليه بعلم الوصول، ويعتبر الإيداع في حكم أداء التعويض، ويمكن بعد ذلك تنفيذ القرار بالطريق الإداري.

١- وبالنســـبة للتعويض عن الأضرار التي تنشأ عن استعمال تلك الحقوق، فأنه إذا أصاب الأرض ضرر من مسقاة أو مصرف يمر بها، ســـواء كان ذلك ناشئاً عن عدم التطهير أم عن سوء حالة الجسور، فإن لمالك الأرض أن يطلب تعويضاً كافياً عما أصابه من ضرر[١].

للتمســـك بالتملك مهما طال أمدها إلا اذا حصل تغيير في سببها. (نقض ٢١/٢/١٩٨٠ س ٣١ ص ٥٧٣)

[١] م ٨١٠ مدني.

فالنص يعطي الجار الذي ترتب علي أرضه حق مجري أو مسيل فأصابه ضرر من المسقاة أو المصرف الذي يمر بأرضه، الحق في أن يطلــب تعويضاً كاملاً ممن ينتفع بهذه المسقاة أو المصرف، سواء نشأ الضرر عن عدم التطهير، أو عن سوء حالة الجسور، أو عن أي سبب آخــر ينسب إلي خطأ المالك المنتفع. فالمنتفع هو الذي يقع عليه عبء تطهير المروي أو المصرف وصيانته وحفظ جسوره في حالة جيدة كما سنري.

وتعــد تلك الأحكام تطبيقًا للقواعد العامة في المسئولية التقصيرية، وعلــي هــذا فالــتعويض يجــب أن يغطي كافة الأضرار الناجمة عن استعمال المسقاة أو المصرف كإتلاف المزروعات بسبب تسرب المياه، وضعف أو انعدام الزرع علي جانبي المروي أو المصرف.

والتعويض قد يكون في صورة عينية أو نقدية أو كلاهما، إذ يمكن إلــي جانب الحكم بمبلغ من النقود مقابل ما تلف من المزروعات أو ما نقــص مــن محصــول الحكم بإلزام المنتفع بتطهير المجري وتقويته وصيانته.

وإذا تبين لمفتش الري أن المسقاة أو المصرف الخاص أصبح بغير فائــدة لوجود طريق آخر للري أو للصرف فله أن يقرر سده أو إلغاءه واتخاذ التدابير اللازمة لمنع الضرر بحسب الأحوال.

(ج) الالتزام بصيانة وإصلاح المسقاة أو المصرف :

يجــب علي ملاك الأراضي المنتفعة بالمسقاة والمصارف الخاصة تطهيرها وإزالة نباتات الهايسنت وغيره من النباتات والحشائش المعوقة لسير المياه فيها وصيانتها وحفظ جسورها في حالة جيدة.

وإذا انــتفع بالمسقاة أو المصرف أشخاص متعددون، سواء لأنهم اشــتركوا جميعاً في الإنشاء أو لأن واحد منهم هو المنشئ وثبت للباقي حــق الانتفاع. فإنهم يشتركون جميعاً في الإصلاحات الضرورية، وفي حالة عدم اتفاقهم علي ذلك جاز إلزامهم بالاشتراك فيها بناء علي طلب أي واحــد منهم وتقدر نفقات الإصلاحات الضرورية (تطهير وصيانة

وحفظ الجسر) علي أساس نسبة مساحة الأرض في حالة الانتفاع الكلي، أما عند الانتفاع الجزئي فيعتد بنسبة الانتفاع إلي جانب عنصر المساحة عند توزيع النفقات.

ونظـــراً لـــتعلق تطهيـــر وصيانة المساقي والمصارف بالمصلحة العامـــة وما ينطوي عليه ذلك من أهمية للاقتصاد القومي، نص قانون الري والصرف علي أنه يجوز لمفتش الري بناء علي تقرير من وكيل التفتيش المختص أو شكوي من ذوي الشأن في حالة عدم القيام بالتطهير والصـــيانة وحفـــظ الجســـور، أن يخطر رجال الإدارة لتكليف الملاك بتطهيـــر المسقاة أو إزالة ما يعترض سير المياه من عوائق أو صيانتها أو بتـــرميم جسورها أو إعادة إنشاء الجسور في موعد معين، وإلا قام تفتيش الري بإجراء ذلك وتحصيل النفقات بالطرق الإدارية من أصحاب الأراضـــي المذكـــورة كل بنسبة مساحة أرضه التي تنتفع بالمسقاة أو المصـــرف، ويحسب ضمن هذه النفقات قيمة التعويض عن كل أرض تكون قد شغلت بناتج التطهير.

المبحث الثالث
حق المـــــرور

مفهوم حق المرور :

"(١) مالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام أو التي لا يصلها بهـذا الطريق ممر كاف إذا كان لا يتيسر له الوصول إلي ذلك الطريق إلا بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة، له حق المرور في الأراضي المجاورة بالقدر اللازم لاستغلال أرضه واستعمالها علي الوجه المألوف، ما دامت هذه الأرض محبوسة عن الطريق العام، وذلك في نظير تعويض عادل، ولا يستعمل هـذا الحـق إلا في العقار الذي يكون المرور فيه أخف ضرراً، وفي موضع منه يتحقق فيه ذلك.

١- علـي أنه إذا كان الحبس عن الطريق العام ناشئاً عن تجزئة عقـار تمت بناء علي تصرف قانوني، وكان من المستطاع إيجاد ممر كاف في أجزاء هذا العقار، فلا تجوز المطالبة بحق المرور إلا في هذه الأجزاء"[١].

فأســاس حق المرور هو وجود أرض محبوسة عن الطريق العام. يستطيع صاحب هذه الأرض أن يحصل – مقابل دفع تعويض عادل –

---

(١) م ٨١٢ مدني.

لا تفرق المادة في حكمها بين الأراضي الزراعية والأراضي غير الزراعية بل تخـول بصـفة عامـة صاحب الأرض التي لا اتصال لها بالطريق العام حق الحصـول علـي مسلك في أرض الغير للوصول منه إلي تلك الطريق • فمتي كـان الـثابت أن أرض المدعـي لا سبيل للوصول منها إلي الطريق العام إلا بالمـرور علي أرض المدعي عليه فقضت له المحكمة بالمسلك اللازم لذلك فلا غبار عليها ولو كانت أرضه زراعية لا أرض بناء.(نقض ١٩٤٢/١/٢٩ طعن ٤٦ س ١١ ق)

علي ممر كاف في أرض الجار للوصول إلى الطريق العام، علي نحو يمكنه من استعمال أرضه واستغلالها علي الوجه المألوف.

هــذا الحــق الــذي يشكل قيداً علي أرض الجار لمصلحة الأرض المجــاورة، قــرره القانــون لأن الانحباس عن الطريق العام من شأنه عــرقلة اســتغلال الأرض، ولاشك أن في ذلك أضرار بمصلحة الفرد ومصلحة الجماعة[1].

وقبل أن نتعرف علي أحكام هذا الحق وكيفية تقريــره نتناول شروط منحه.

المطلب الأول

شروط تقرير حق المرور

يشــترط لتقريــر حق المرور وجود أرض محبوسة عن الطريق العــام، وألا يكون هذا الانحباس راجعاً إلي فعل المالك، كتجزئة العقار بناء علي تصرف قانوني.

(١) وجود أرض محبوسة علي الطريق العام :

يلــزم للحصــول علــي ممر في أرض الجار أن تكون الأرض محبوسة، أي لا منفذ لها إلى الطرق العام، ولا يمكن الوصول إلى هذا الطــريق إلا بالمــرور فــي أرض الجــار أو الجيران الذين يحيطون بالأرض المحبوسة.

ولا تكــون الأرض محبوسة إذا كان لها حق ارتفاق بالمرور في أرض مــن الأراضي المجاورة، أي إذا كان لها منفذ إلى الطريق العام اكتسبه مالكها بإحدى طرق كسب حقوق الارتفاق كالعقد أو الوصية أو الميراث أو التقادم.

---

(١) جمال ذكي، القانون الزراعي، ص ١٥.

وتعتبـــر الأرض محبوسة حتى لو وجد لها ممر يصلها بالطريق العام، ولكن هذا الممر غير كاف، أي لا يمكن الوصول منه الي الطريق العام إلا بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة[1].

ومـــدي كفاية الممر للوصول إلي الطريق العام يعتبر من المسائل النســبية التـــي تختلف من حالة إلي أخري، إذ يتوقف الأمر علي نوع الاســـتغلال المعدة له الأرض المحبوسة، فالاستغلال الزراعي قد يكتفي فـــيه بممـــر ضيق لمرور الراجلين والماشية، أما الاستغلال الصناعي فيـــتطلب ممـــر أكثر اتساعاً لمرور السيارات والمعدات، وأمام تطور الاســـتغلال الزراعي أصبح من الضروري وجود الممرات الكافية بين الأراضـــي الـــزراعية حتـــى يمكن مرور الآلات والأدوات الزراعية الحديثة.

ويجـــدر الإشارة إلي أن حالة الممر تتقرر ليس بحسب الاستغلال الحالي للأرض فقط، بل بما قد يطرأ علي ذلك من تغيير أو تعديل، فقد يزداد الاستغلال علي نحو يتطلب توسيع الممر أو تغيير مجراه.

ويـــرجع الأمـــر إلـــي تقدير قاضي الموضوع ليقدر ما إذا كانت الأرض محبوســـة مـــن عدمــــه، وكفايـــة أو عدم كفاية الممر إن كان موجوداً، وهو يقدر ذلك علي النحو الذي يتناسب مع الاستغلال المألوف للأرض.

---

(١) لا يشـــترط حتـــى تعتبر الأرض محبوسة عن الطريق العام ألا يكون لها أي منفذ يؤدي إلى هذا الطريق، بل يكفي لتحقق هذه الحالة وفقاً لنص المادة ٨١٢/١ من القانون المدني أن يكون للأرض ممر الي الطريق العام ولكنه غير كاف بحـــيث لا يتيســـر لمالكهـــا الوصول إلي ذلك الطريق إلا بنفقة باهظة أو مشقة كبيـــرة، وهو أمر يستقل قاضي الموضوع بتقديره متي أقام قضاءه علي أسباب سائغة. (نقض ١٩٧٤/١٢/٣١ س ٢٥ ص ١٥٤٧)

(٢) تحقق الانحباس الفعلي والمستمر للأرض :

فلا يمكن تقرير حق بالمرور في أرض الجار إذا كان هناك منفذ للأرض علي الطريق العام، حتى ولو كان هذا المنفذ غير مريح أو كان طويلا أو في حاجة لبعض التكاليف لتمهيده وإعداده.

ويـــثور التساؤل حول الفرض الذي يكون فيه للأرض طريقاً في أرض الجار علي سبيل التسامح أو محل نزاع.

يـــذهب الرأي الراجح إلي القول بأنه لا يتحقق الانحباس متي كان لمالـــك الأرض المحبوسة ارتفاق قانوني بالمرور في أرض جار له[1]، حتـــى ولو كان سند الاتفاق محلاً للمنازعة مادام لم يقض فيها بعد بما ينهـــي الارتفـــاق، ولا يـــتحقق الانحباس كذلك في الفرض الذي يكون لـــلأرض ارتفـــاق قانوني بالمرور ولو كان قائماً علي مجرد التسامح طالما لم يعترضه أحد فيه.

ويعترض البعض بحق علي هذا الرأي "بأن حق المرور المتنازع فـــيه لا يستطيع أن يطمئن له الجار، إذ قد يتضح انه لا يملك هذا الحق فيبقـــي مركـــزه مزعزعاً معلقاً علي نتيجة البت في النزاع، وبأن حق المـــرور المحمـــول علـــي التســـامح مكرمة قد يرجع فيها المالك

(١) متـــي كـــان كل من صاحبي الأرضين يملك نصف السكة الزراعية التي اتفقا علي عملها علي حسابهما، وكان لكل منهما حق الانتفاع بالمرور فيها كلها، فإن كل منهما في انتفاعه بالمرور فيها إنما يستعمل حق ملكيته في النصف المجاور لأرضـــه وحـــق الارتفاق علي النصف الآخر. ولا يوجد قانونا ما يمنع من أن يكـــون الطـــريق المقـــرر عليه حق الارتفاق هو نفسه الذي يتوافر به الجوار. (الطعن ٩٧ سنة ١٣ ق - جلسة ١٩٤٤/١٢/٢١)

المتسامح[1]، وقد لا يريد الجار حمل هذه المكرمة في عنقه مدة طويلة، فـيجب إذن عـدم الاعتداد بحق المرور المتنازع فيه أو المحمول علي التسـامح، والقول بأن الأرض تعتبر محبوسة عن الطريق العام بالرغم من قيام هذا النوع من حق المرور، وفيما يتعلق بحق المرور المتنازع فـيه، ينبغـي ألا ترفض دعوي الجار المطالب بحق المرور القانوني، ولكنها توقف ويتوقف مصيرها علي البت في النزاع فيكلف الجار برفع الأمر إلي القضاء في شأن حق المرور المتنازع فيه، فان كسب الدعوى خسـر دعـوي المطالـبة بحق المرور القانوني، ويكسب هذه الدعوى الأخيرة أن خسر الدعوى الأولي"

ولا يمكـن المطالـبة بحـق المرور إذا انفك الحبس عن الأرض المحبوسـة أي يصـبح لها منفذ إلي الطريق العام، ويتحقق ذلك بشراء مالكها للأرض المجاورة التي تفصلها عن الطريق، أو شق الدولة طريقاً بجـوارها. ويـثور التساؤل حول أثر زوال انحباس الأرض علي حق المرور الذي تقرر لها في الأرض المجاورة.

ذهب البعض إلي "أن مالك الأرض المحبوسة يستبقي حق المرور حتـى بعـد انفكـاك الحبس عن أرضه، إذ أصبح له حق ارتفاق علي الأرض المجـاورة لايزول الا بأحد الأسباب التي حددها القانون لزوال حقوق الارتفاق وليس منها انفكاك الحبس".

ولكـن الـرأي الـراجح يذهب إلى أن حق المرور مقيد بانحباس الأرض فلا يوجد إلا إذا كانت هناك أرض محبوسة عن الطريق العام، ولا يسـتمر إلا إذا استمر هذا الانحباس، فإذا زال الانحباس بأن أصبح للأرض ممرا يصلها بالطريق العام، جاز لصاحب الأرض المجاورة أن

---

(١) تـرك الطريق لمرور الغير يحتمل ان يكون مبنيا علي التسامح الذي لا يكسب حقـا ولا يجعـل الطـريق عاما. (الطعن ٢٥١ سنة ٢٢ ق - جلسة ١٢/٢٢/ ١٩٥٥)

يطلب إنهاء حق المرور المقرر علي أرضه، ولكنه يلتزم برد التعويض الـــذي سبق له أن قبضه في مقابل تقرير هذا الحق، بعد أن يستنزل منه جزءاً يتناسب مع الفترة التي استعمل فيها المالك حق المرور.

والســـبب في ذلك "أن هذا الحق ليس بحق ارتفاق حقيقي، بل هو قـــيد علـــي ملكية الأرض المجاورة، وهذا القيد منوط بانحباس الأرض التي يمارس صاحبها حق المرور، فإذا انفك الحبس لم يعد للقيد مبرر، وأصـــبح صاحب الأرض المجاورة غير ملزم بتحمل هذا القيد بعد أن زال سبب قيامه".

وتؤكد هذا المعني المذكرة الإيضاحية بقولها "وينتهي حق المرور إذا اتصـــلت الأرض بالطـــريق العام..، فلم يعد حق المرور ضروريا، ويســـترد صـــاحب الأرض مـــن التعويض الذي كان قد دفعه في حق المرور القدر المناسب".

(٣) ألا يرجع انحباس الأرض إلي فعل المالك :

لا يمكـــن تقرير حق المرور للمالك الذي يتسبب في حبس أرضه عـــن الطـــريق العـــام، كأن يقوم بالبناء علي الممر الذي يوصله بهذا الطريق، أو يتنازل عن حق الارتفاق بالمرور الذي كان مقرراً لأرضه علي أرض مجاورة.

"فالانحـــباس عن الطريق العام قد نشأ بفعل إرادي لمالك الأرض المحبوســـة، ولا يجوز، من ثم، أن يؤدي إلي قيد يرد علي ملكية غيره، فلا يجوز أن يقيد المرء بإرادته، حقا لغيره".

وقـــد أورد المشرع تطبيقاً لذلك الحالة التي يكون فيها الحبس عن الطـــريق العام **ناشئا عن تجزئة عقار**، تمت بناء علي تصرف قانوني، هـــنا إذا كان من المستطاع إيجاد ممر كاف في أجزاء هذا العقار، فلا تجوز المطالبة بحق المرور إلا في هذه الأجزاء.

وهـــذا حكم معقول - كما تؤكد المذكرة الإيضاحية - لأن العقار الذي يكون متصلاً اتصالاً كافياً بالطريق العام، ثم يجزئه مالكه بتصرف برضـــاه ويكون من شأنه أن يحبس جزءاً منه عن الطريق العام، فحق

المـــرور لهـــذا الجزء يجب أن يتقرر علي الأجزاء الأخرى، كما كان الأمر قبل تجزئة العقار .

ولا ينطـــبق الحكـــم أي لا يتقرر المرور علي الأجزاء الأخرى للعقـــار إذا لم يكن من المستطاع إيجاد مر كاف في هذه الأجزاء، كأن يكـــون موقـــع العقـــار أساسا لا يسمح بتقرير الممر الكافي لاستغلال الأرض[1]. ولا ينطـــبق الحكـــم كـــذلك فـــي الحالة التي لا يكون فيها الانحـــباس المتـــرتب علـــي تجزئة الأرض راجعاً إلي تصرف قانوني للمالك، بل يرجع لسبب آخر كنزع الجزء المجاور للطريق العام للمنفعة العامة أو اكتساب شخص ملكية هذا الجزء بالتقادم.

المطلب الثاني

أحكام تقرير حق المرور

(أ) الأشخاص الذين لهم المطالبة بحق المرور :

المطالبة بحق المرور تكون لمالك الأرض المحبوسة، ولكل من له حـــق عينـــي علي هذه الأرض كصاحب حق الانتفاع أو الاستعمال أو الحكر.

وعلـــي النقـــيض من ذلك لا يمكن المطالبة بحق المرور من قبل أصـــحاب الحقـــوق الشخصية المرتبطة بالأرض المحبوسة، مثال ذلك

---

(١) مفاد نص الفقرة الثانية من المادة ٨١٢ من القانون المدني أنه إذا كان للأرض مـــنفذ إلى الطريق العام، ثم تصرف فيها صاحبها تصرفا قانونيا أدي إلى جعل جـــزء منها محبوساً عن هذا الطريق فيجب أن يتقرر حق المرور في الأجزاء الأخـــرى دون العقارات المجاورة كما كان الأمر قبل تجزئة العقار وبشرط أن يكون هذا مستطاعاً أما لأن العقار كله كان من مبدأ الأمر محبوسًا عن الطريق العام أو لأنه لم يتيسر الحصول علي ممر كاف في أجزاء العقار الأخرى، فانه يكـــون لمالـــك العقـــار عـــندئذ الحق في الحصول علي الممر الكافي في أحد العقـــارات المجاورة وفقا لحكم الفقرة الأولي من المادة٨١٢ سالفة الذكر.(نقض ١٩٧٤/١٢/٣١ س ٢٥ ص ١٥٤٧)

المستأجر أو المستعير أو المزارع، لأن هذه الحقوق لا ترد علي الأرض بل تتولد لأصحابها في ذمة المالك، ومن ثم ليس لأصحابها سوي مطالبة هذا الأخير بها.

(ب) تعيين حق المرور :

الأصل أن يتم الاتفاق بين مالك الأرض المحبوسة والجار علي تعيين الممر وتحديد نطاقه وأحكامه، وفي حالة عدم الاتفاق تتولي المحكمة تعيين الحق ومضمونه.

ويتم تعيين الممر في الأرض أو الأراضي المجاورة علي نحو يصل الأرض المحبوسة إلى الطريق العام، ويتقرر حق المرور بصرف النظر عن نوع الأرض التي يتقرر عليها، فقد تكون أرضًا زراعية أو أرض فضاء أو أرض بناء. وقد تكون حوشًا أو حديقة أو فناء محاطاً بسور، ووجود السور لا يقف عقبة أمام حق المرور، إذ يلتزم صاحبه بفتح منفذ للمرور فيه.

ويتقرر حق المرور علي الأرض المجاورة أيا كان نظامها القانوني، فقد تكون الأرض ملكاً خاصاً بأحد الأفراد، أو من أراضي الوقف، أو مملوكة للدولة ملكية خاصة أو عامة طالما لا يتعارض حق المرور مع الاستعمال العام الذي خصصت له الأرض أي مع المنفعة العامة.

ولا يستعمل حق المرور إلا في الأرض التي يكون المرور فيها أخف ضرراً، وفي موضع منها يتحقق فيه ذلك. يختار القاضي لحق المرور أرضًا مجاورة يكون المرور فيها أقل ضرراً من المرور في الأراضي المجاورة الأخرى، وفي موضع من هذه الأرض يتحقق فيه هذا الاعتبار كذلك، وفي هذا تقييد عادل لحق المرور.

ففي حالة تعدد الأراضي الموصلة إلي الطريق العام يختار القاضي الأرض والموقـع الذي يكون المرور فيه أخف ضرراً للطرفين: مالك الأرض المحبوسة ومالك الأرض التي يتقرر عليها حق المرور[1].

والأصـل أن يكـون الممـر أخـف ضرراً في الأرض والموقع والأقـرب إلـي الطريق العام، ولكن للقاضي أن يعدل عن ذلك ويرتب حـق المـرور علـي أرض أكثر بعداً عن الطريق العام. وذلك لتفادي الضـرر الـذي يصيب مالك الأرض الأقرب بسبب المرور فيها، كأن تكون تلك الأرض مغروسة بالأشجار والزهور.

"وبـالعكس يحـق للقاضـي أن يـتفادي الطريق الأقصر رعاية لمصـلحة طالـب الممـر، وذلـك مثلاً إذا تبين أن هذا الطريق شديد الانحـدار، أو أنه ليس من السعة بحيث يكفي لمواجهة استغلال العقار، أو إذا كـان مـنح الممـر في العقار الأقرب شديد الكلفة نظراً لارتفاع قيمـته، وبالتالـي فداحـة التعويض الذي يتعين علي طالب الممر أن يواجهه".

---

(١) تقضـي المـادة ١/٨١٢ مـن القانون المدني بأن يكون المرور في الأراضي المجـاورة التي تفصل العقار المحبوس عن الطريق العام علي ألا يستعمل هذا الحق إلا في العقار الذي يكون فيه المرور أخف ضررا وفي موضع منه يتحقق فيه هذا الاعتبار، ولما كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه قضي بإنشاء الممر فـي أرض الطاعنة وفي المكان الذي حدده الخبير لأنه لا يترتب علي ذلك إلا إزالـة حجرتين منفصلتين عن باقي الحجرات وحوائطها مشيدة بطريقة اندثرت مـن عشرات السنين ولا تتبع حتى في بناء العزب، وأن هذه هي أخف أضرار ممكـنة تتـرتب علـي إنشـاء الممر وهي تقديرات موضوعية سائغة، وكانت المحكمة قد اقتنعت بكفاية الأبحاث التي أجراها الخبير وسلامة الأسس التي بني علـيها رأيه فإن ما تثيره الطاعنة بشأن طريقة بناء الغرفتين المطلوب هدمهما يكون جدلا موضوعياً في كفاية الدليل الذي اقتنعت به محكمة الموضوع مما لا تجوز أثارته أمام محكمة النقض. (نقض ١٩٧٤/١٢/٣١ س ٢٥ ص ١٥٤٧)

"ولا يـــتطلب القانون طريقة معينة للمرور، فلا يشترط أن يكون المـــرور بواسطة طريق علي سطح الأرض كما هي الحالة الغالبة بل يصــــح أن يكـــون بواسطة نفق في باطن الأرض أو قنطرة تعبر مياهاً خاصة، أو كوبري يعبر طريقاً أو وادياً منخفضاً ".

(ج) نطاق حق المرور :

يتقرر حق المرور لمالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام، في الأراضـــي المجـــاورة بالقدر اللازم لاستغلال أرضه واستعمالها علي الـــوجه المألـــوف، أي فـــي حدود الاستعمال والاستغلال المعدة له هذه الأرض.

فـــنطاق حق المرور يتحدد بحاجة الأرض المحبوسة، وتقدر تلك الحاجـــة بحسب نوع الاستغلال المعدة له، فالأرض الفضاء تختلف عن الأرض المعدة للاستغلال الزراعي، وتلك المعدة للاستغلال الصناعي، فـــلا شـــك أن الاستغلال الصناعي يتطلب ممراً أكثر اتساعاً يتفق مع مـــرور العمـــال والآلات وعـــربات حمـــل البضائع والمنتجات بينما الاســـتغلال الزراعي يكتفي بالممر اللازم لمرور المزارعين والماشية والأدوات الزراعية.

"فـــإذا ما استقر موضع الممر، لم يكن لصاحب الأرض المحبوسة إلا حـــق المرور فيه ليصل إلي الطريق العام، ولا يعتبر الممر مملوكاً لـــه، بـــل يبقي مملوكاً لصاحبه، فليس لصاحب الأرض المحبوسة أن يســـتعمله إلا فـــي المرور بالكيفية التي تقررت، فيمر هو وحده أو هو وآخـــرون، وقـــد تمر فيه المواشي والدواب والعربات، وقد لا يستعمل الحـــق إلا فـــي أيام أو ساعات معينة كل هذا وفقاً لاحتياجات الأرض المحبوسة وبحسب ما يتقرر تبعاً لذلك".

"وقد تتغير حاجات الأرض المحبوسة فتتسع، وبعد أن كان الممر المعطـــي لهـــا كافـــياً يصبح غير كاف، وعندئذ يجب توسيع الممر بما يتناســـب مـــع الحاجات المستجدة، بل يقتضي الأمر استبدال ممر آخر

بالممـــر القـــديم يكون مناسباً لما استجد من حاجات الأرض المحبوسة، وذلك كله نظير تعويض جديد".

(د) أثر التقادم في تعيين موضع الممر :

الأصـــل أن يـــتم تعيـــين الممـــر بالاتفاق أو بحكم المحكمة وفقًا للضـــوابط القانونـــية الســـابقة، إلا أنه قد يحدث أحياناً مرور صاحب الأرض المحبوســـة فـــي أرض الجار بطريقة معينة وفي موقع محدد، ويستمر في ذلك مدة خمس عشر سنة دون انقطاع ودون اعتراض من قبل الجار، في هذه الحالة يثبت حق المرور في هذا الموضع بالتقادم.

والـــتقادم هـــنا ليس تقادماً مكسباً لأن حق المرور مقرر للأرض المحبوســـة بقـــوة القانـــون ولا يسقط أو يكتسب بالتقادم بل يتوقف في وجـــوده وزواله علي انحباس الأرض من عدمه، ويكون التقادم في هذه الحالـــة تقادمـــاً مســـقطاً، لأن حق الجار في الاعتراض يكون قد سقط بمضـــي المـــدة، حتـــى لـــو كان الممر الذي اختاره صاحب الأرض المحبوســـة يزيد عن حاجتها أو ما أعدت له من استغلال أو لم يكن هذا الممر في الموقع الأخف ضرراً لأرض الجار.

إلا أن ذلك لا يغير من طبيعة حق المرور، فهو لا ينقلب إلي حق ارتفاق بالمعني الدقيق، بل يظل قيداً قانونياً علي ملكية الجار، ويترتب علي هذا أنه يزول بزوال الانحباس الذي شرع من أجله.

ويمكـــن للمالك أن يكتسب حق ارتفاق بالمرور بالمعني الدقيق في حالة المرور في أرض الجار – دون اعتراض منه – مدة خمسة عشر عامـــاً، فهـــنا نكون بصدد تقادم مكسب، ولكن ذلك قاصر علي الفرض الـــذي لا يتوافـــر فـــيه حق المرور القانوني، كأن تكون الأرض غير محبوســـة عـــن الطريق العام ولكن صاحبها مر في أرض الجار لأن المسافة إلي الطريق العام أقصر وأيسر.

وإذا كـــان حـــق الارتفاق بالمرور يسقط في حالة عدم الاستعمال بمضـــي المـــدة، فإن حق المرور القانوني لا يسقط بالتقادم إذ يستطيع صـــاحب الأرض المحبوســـة أن يطالب بحق المرور في أرض الجار،

ولـــو بعـــد خمس عشرة سنة من حبس الأرض ما دام الحبس لا يزال قائماً، فالمطالبة بحق المرور القانوني لا تسقط بمضي المدة[1].

ومـــن جهـــة أخـــري فـــإن هـــذا الحق لا يتقادم بعد تقريره بعدم الاستعمال مهما طالت المدة، إلا أنه إذا تعين الممر ودفع مالك الأرض المحبوســـة التعويض مقابل ذلك، لكنه لم يمارس حقه فعلاً في المرور من هذا الممر مدة خمس عشرة سنة، سقط حقه بالتقادم في المرور من الممـــر المعـــين فقط أي الذي كان قد كسبه "وإذا أراد المرور بعد ذلك وكانـــت أرضه لا تزال محبوسة جاز له ذلك ولكن بموجب حق مرور جديد وفي مقابل تعويض جديد".

(هـ) مقابل حق المرور (التعويض) :

يكون لمالك الأرض المحبوسة حق المرور في الأراضي المجاورة فـــي نظير تعويض عادل، فالقانون يقرر هذا الحق مقابل دفع تعويض لصاحب الأرض التي يتقرر فيها الممر.

ويكـــون الـــتعويض في مقابل الخسارة التي تصيب المالك بسبب المرور في أرضه، ويقدر الاتفاق أو بحكم القاضي الذي يستعين في هذا بخبيـــر يعيـــنه. وقد ينتقل لمعاينة الأرض علي الطبيعة وذلك بمناسبة تعيينه للممر.

والـــتعويض يكون في مقابل المرور فقط، ولا يدخل في عناصره المـــنفعة التـــي تعـــود علي الأرض المحبوسة نتيجة استفادتها بالمرور واتصالها بالطريق العام، أو ثمن الأرض التي يمارس فيها المرور، إذ هي تظل ملكاً لصاحبها. ولا يترتب علي دفع التعويض أن يصبح الممر ملكاً لصاحب الأرض المحبوسة.

---

(١) منصور مصطفى منصور، ص ٧٩.

ولا يشترط دفع التعويض مقدماً، ويمكن أن يحدد في صورة مبلغ إجمالي يدفع مرة واحدة، أو علي أقساط تدفع في أوقات معينة، أو إيرادا مرتبا يدفع كل سنة.

وبتعيين حق المرور يثبت مبلغ التعويض ديناً في ذمة المنتفع بهذا الحق، وتسري عليه الأحكام العامة في الالتزام، ويجوز للجار المطالبة بهذا الدين طبقاً للقواعد العامة، وله كذلك أن يمنع صاحب الأرض المحبوسة من المرور إذا امتنع عن دفع التعويض المحدد والواجب الأداء وذلك تطبيقاً لقواعد الحق في الحبس.

وإذا سكت الجار عن المطالبة بالتعويض مدة خمس عشرة سنة سقطت دعواه بالتقادم، وتبدأ مدة التقادم في السريان منذ وقت استحقاق التعويض. ويستحق التعويض من وقت استعمال حق المرور.

وقد يلتزم صاحب الأرض المحبوسة بدفع تعويض جديد في حالة توسيع الممر أو استبداله بممر آخر جديد علي نحو يتناسب مع الحاجات المستجدة نتيجة تغيير استغلال الأرض وزيادة أعباء المرور علي أرض الجار، إذ ينبغي أن يتناسب التعويض مع الأضرار التي تصيب الجار بسبب المرور في أرضه.

فالتعويض يكون مقابل المرور أي عن الأضرار التي تترتب فعلاً بسبب المرور في الأرض، لهذا فإنه إذا انفك الانحباس عن الارض، كأن يشق طريق عام بجوارها، وزال تبعاً لذلك حق المرور فإن المالك يستطيع أن يسترد التعويض الذي دفعه في مقابل هذا الحق، ولكن بعد أن يستنزل منه جزءاً يتناسب مع الوقت الذي انتفع فيه بالممر.

(و) قواعد استعمال الطريق العام :

توجد عدة قواعد لاستعمال الطريق العام تيسر الانتفاع به من قبل الجميع:

١- لكل مالك علي طريق عام أن يفتح أبواباً ونوافذ ويقيم شرفات طبقاً لما تقضي به القوانين واللوائح، ولا يجوز تضييق قرار السكك

العامـــة الـــنافذة ولا هواها بشيء إلا أن يكون ذلك لا يضر، ولمصلحة عامة أو خاصة، وبتصريح من السلطات الرسمية المختصة.

ولا يجـــوز تضييق قرار (مجري) السكك العامة النافذة ولا هواها بشـــيء إلا أن يكـــون ذلـــك ممـــا لا يضر بمصلحة عامة أو خاصة، وبتصـــريح مـــن السلطات الرسمية المختصة. **ويقصد بقرار الطريق الجـــزء مـــن الأرض الذي يشغله الطريق، وهواء الطريق هو الفضاء الذي يقع فوق الأرض التي تشغلها الطريق.**

٢- ترفع من الطريق العام الأشياء الضارة بالمرور فيه ولو كانت قديمة، ويتبع في شأنها ما تقضي به القوانين والأنظمة الخاصة بالطرق العامة.

يـــوجب القانـــون علـــي الأفراد والسلطات العامة المختصة رفع الأشياء التي تضر بالمرور في الطريق العام منه ولو كانت قديمة، وأن يتـــبع فـــي شـــأن ذلك ما تقضي به القوانين والأنظمة الخاصة بالطرق العامة، لأنه لاحق لأحد في ملك عام إلا فيما أعد له من مصلحة.

(ز) قواعد استعمال الطريق الخاص:

يبين المشرع أسس استعمال الطريق الخاص من قبل أصحابه علي النحو التالي :

١- الطـــريق الخاص كالملك المشترك لمن لهم حق المرور فيه، ولا يجـــوز لأحد أصحاب الحق فيه أن يحدث شيئاً فيه بغير إذن الباقين إلا المعـــتاد. فالطـــريق الخاص يكون ملكية مشتركة بين من لهم حق المـــرور فيه، ولا يجوز لأحدهم أن يحدث شيئاً فيه بغير إذن باقيهم إلا المعتاد الذي جرت العادة علي إحداثه.

٢- لا يجوز لغير الشركاء في الطريق الخاص فتح أبواب إليه أو المرور فيه، ولكن يجوز للمارين في الطريق العام الدخول في الطريق الخاص عند الضرورة. للشركاء في الطريق الخاص دون غيرهم الحق في المرور فيه، والحق في فتح أبواب ونوافذ إليه. ولكن يجوز للمارين

فـــي الطريق العام الدخول في الطريق الخاص للضرورة كاتقاء سيارة تمر في الطرق العام وما إلي ذلك.

٣- إذا قام أحد الشركاء في الطريق الخاص بسد بابه المفتوح إليه فـــلا يسقط حقه في المرور فيه ويجوز له ولخلفه من بعده أن يعيد فتح الباب متي شاء. إن حق الشريك في الطريق الخاص في فتح باب علي هذا الطريق هو حق دائم، فإذا سد الباب المفتوح إليه فلا يسقط حقه في المرور أو إعادة فتح الباب في أي وقت، ومهما طالت المدة علي ذلك، أي أن هذا الحق لا يسقط بعدم الاستعمال، ويظل قائماً للشريك ولخلفائه من بعده[١].

٤- يجـــوز للشـــركاء في السكك الخاصة تضييق قرارها وهوائها لمصلحتهم المعتادة الخاصة بهم أو بأحدهم بما لا يضر الآخرين، مثال ذلـــك الميزاب لإسالة ماء المطر والمسيل والبالوعة بشرط أن لا يمنع ذلك من المرور في السكة لأن الأصل أنها أعدت للمرور فيها.

٥- تكالـــيف إصـــلاح الطريق الخاص علي كل من الشركاء فيه بنســـبة ما يعود عليه من فائدة، أي أن تكاليف الإصلاح والصيانة تقسم علي الشركاء في الطريق الخاص بنسبة انتفاع كل منهم وليس علي عدد الرؤوس.

٦- وبالنســـبة للســـكة المنســـدة أي غير النافذة (الطريق الخاص المفتوح من جانب والمقفول في نهايته). هذا الطريق يكون قاصراً علي أهلـــه لأنه مملوك لهم ملكية مشتركة، ولا يجوز لأحدهم فعل شيء في هذه السكة المنسدة إلا باتفاق الشركاء جميعاً علي ذلك.

---

(١) حسن كيره، ص ١٠٢.

المبحث الرابع

الحدود والجدار المشترك

المطلب الأول

الحـــــدود

إن طبــيعة حق الملكية تقتضي تحديد وتعيين الشيء المملوك، أي بــيان كيفية فصله عن غيره وتمييزه كشيء معين بذاته. هذا التعيين لا يثير صعوبة بالنسبة للمنقول حيث يقبل الانتقال بطبيعته وينفصل مادياً عن باقي الأشياء.

أمـــا بالنســـبة للعقار فإن طبيعته وموقعه توجب تحديده مادياً من خلال وضع العلامات الفاصلة بينه وبين العقارات المجاورة.

ونظراً لأهمية تحديد الأراضي تحديداً مادياً فإن القانون يخول كل مالــك أن يجبــر جاره علي وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة، وتكون نفقات التحديد شركة بينهما. ويتم ذلك عن طريق وضع علامات مادية ظاهــرة تبــين حدود كل منهما، كوضع فواصل الطوب أو الحديد ومد خطوط مستقيمة بين هذه الفواصل.

وعلـــي ذلـــك فـــإن لكـــل مالك أن يجبر جاره علي وضع حدود لأملاكهمـــا المتلاصـــقة، وتكون نفقات التحديد شركة بينهما[١]، وذلك لأنهما يشتركان معاً في الحد الفاصل بينهما بصرف النظر عن مقدار ما يملكه كل منهما، اذا كان الحد الفاصل بين المالكين[٢].

---

(١) م ٨١٣ مدني.

(٢) وتفتــرض دعــوي تعيــين الحدود عدم المنازعة في حق الملكية ونطاقه بين الجـــارين، لهذا قضت محكمة النقض بأنه: إذا كان مطلب الدعوى بتعيين الحد الفاصـــل بـــين عقارين متجاورين ورد الجزء المغتصب من أحدهما مرده إلي نـــزاع بـــين صاحبي هذين العقارين علي الملكية ذاتها ومداها فإنه ينبغي علي =

الأصـــل أن يـــتم الاتفـــاق علي الحدود الفاصلة ووضع العلامات الظاهـــرة علـــيها فيما بين الملاك المتجاورين، وإلا كان لأي منهما أن يرفع دعوي وضع الحدود، ويقوم القاضي بتطبيق مستندات الملكية علي الطبيعة ووضع علامات مادية للحدود.

ويجـــوز تعيين الحدود بين الأراضي الزراعية والأراضي المعدة للبـــناء وبـــين المباني إذا كان التلاصق بينهما من جهة تركت فضاء. ويجـــب أن يكـــون هناك تلاصق بين الجارين، ولا يتحقق التلاصق اذا وجد بين الملاك طريق أو مجري عام، أما إن كان الفاصل بين الملاك طريق أو مجري خاص فإن التلاصق يقوم وتثور مسألة وضع الحدود.

المطلب الثاني
الحائط الفاصل

القاعـــدة أنه إذا كان وضع الحدود بين الأملاك المتلاصقة إجبارياً بـــناء علـــي طلب أي من الملاك، فإن تحويط الملك من جميع جوانبه

محكمـــة الموضـــوع أن تعرض في قضائها لبحث ملكية كل منهما وسببها في القانـــون ومحلهـــا بالتحديد، وإذ كان الثابت والأوراق أن النزاع المطروح في الدعـــوى ثـــار بـــين طرفـــي التداعي في شأن نطاق ملكية كل منهما للعقارين المتجاورين. وكان الخبير الذي اعتنق الحكم المطعون فيه تقريره قد خلص إلي ثـــبوت ملكية المطعون ضدهم للأرض محل النزاع من مجرد وجود نقص في الأرض التي يضعون اليد عليها بموجب عقود بيع عرفية لم يتم تسجيلها ووجود زيـــادة في الأرض التي يضع الطاعن الأخير يده عليها عما هو ثابت في عقود البـــيع التـــي يســـتند إليها، ودون - أن يستظهر أن هذه المساحة بعينها بحسب أبعادها وحدودها تدخل في نطاق ملكية المطعون ضدهم التي اكتسبوها بأحد من أســـباب اكتساب الملكية المقررة في القانون، وإذ اعتنق الحكم المطعون فيه هذا التقريـــر الـــذي يشـــوبه النقص والغموض وأحال إليه وانتهي إلي تأييد الحكم الابتدائـــي القاضي برد المساحة محل النزاع للمطعون ضدهم دون - أن يبين ســـبب اكتسابهم لملكيتها ولم يعن بالرد علي ما أثاره الطاعنون من اكتسابهم هم دون هـــؤلاء لملكـــية تلـــك المساحة، فإنه يكون قد جاء مشوباً بعيب القصور المبطل. (الطعن ٣٣١ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٩٠/٣/٨)

بسور أو سلك أو نحو ذلك ليس إجباريا. فالمالك حر في تحويط ملكه أو عدم تحويطه كما يشاء، إذ ليس للجار أن يجبر جاره علي تحويط ملكه.

يجــوز لكل مالك إذن أن يحيط ملكه بحائط خاص به، وقد يشترك مع جاره في ملكية الحائط، ونعرض للأحكام الخاصة بكل حالة.

الفرع الأول

الحائط الفاصل المملوك ملكية خاصة

القاعــدة أنه ليس لجار أن يجبر جاره علي تحويط ملكه. ولا علي النزول عن جزء من حائط أقامه في ملكه. مؤدي ذلك حرية المالك في تحــويط ملكــه، وله وحده كافة سلطات المالك علي الحائط الذي يقيمه لفصــل ملكــه عــن ملــك الجيــران، فهو صاحب الحق في استعماله والتصــرف فــيه ماديــاً أو قانونياً، وليس للجار أن يجبر المالك علي النزول عن جزء من ملكية الحائط له.

لكــن المشــرع وضع قيداً علي سلطة المالك في هذا الشأن بنصه علــي أنه" ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قوي إن كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط" (١).

وبشترط لتطبيق هذا القيد شروط ثلاثة :

الأول : أن يكون ملك الجار مستتراً بالحائط، أي أن يكون مسورًا من جهاته الثلاث، وأن يكون الحائط الفاصل هو الضلع الرابع.

الثانــي: أن يترتب علي هدم الحائط ضرر بالجار، فإذا كان ملك الجار مجرد أرض فضاء خالية، لم يجز له إدعاء وجود ضرر، وليس له الاعتراض علي الهدم .

الــثالث : ألا يكــون هناك عذر قوي في الهدم، وتقدير العذر أمر متــروك لقاضي الموضوع حيث يفاضل القاضي بين المصالح القائمة.

---

(١) م ٨١٨ مدني.

ومـــن الأمـــثلة علـــي وجود العذر الرغبة في الهدم بهدف إعادة البناء بصورة أحدث أو أكبر أو أيلولة الحائط للسقوط.

ويقتصـــر حق الجار علي الانتفاع السلبي بحائط جاره أي بمجرد الاستتار به، وليس له أن يستند إليه ببناء أو أخشاب أو غير ذلك.

الفرع الثاني

الحائط المشترك

يعتبـــر الحـــائط المشترك صورة من صور الملكية الشائعة، وهو يخـــتلف عن الحائط المملوك ملكية خاصة. ويكون الحائط مشتركاً إذا اشترك الجاران في إقامته، أو أقامه أحدهما وسمح باشتراك الجار الآخر فيه بمقابل أو بدون مقابل.

(أ) إثبات ملكية الحائط المشترك :

القاعـــدة أن الحائط الذي يكون في وقت إنشائه فاصلاً بين بنائين يعد مشتركاً حتى مفرقهما، ما لم يقم الدليل علي عكس ذلك[1].

مؤدي هذا أن كل جار يستطيع إثبات الصفة المشتركة في الحائط من خلال تقديم المستندات المثبتة لذلك. لكن القانون وضع قرينة بسيطة مـــؤداها اشـــتراك الجارين في ملكية الحائط، ويستطيع أي منهما إثبات العكس بتقديم الدليل علي انفراده بالملكية.

وأعمال القرينة السابقة يقتضي أن يكون الحائط فاصلاً بين بنائين مـــنذ إنشائه، أي أن يكون البناءان قد أقيما في وقت واحد، أما أن كان أحدهما مقاماً قبل الآخر فإن الحائط يعتبر جزءاً من البناء الأول وملكاً لصاحبه[2].

---

(١) م ٨١٧ مدنى.

(٢) منصور مصطفى منصور، ص ٢٤٤.

يبين النص السابق كيفية الاستدلال علي ما إذا كان الجدار الفاصل بــين بنائــين مشتركاً بينهما أم لا، فيكون ذلك بقرائن الحال المتعارف عليها، فإن كان الجدار متصلا ببناء أحد المالكين دون الآخر فهو للأول لمــا يتضـــح من أنه هو الذي بناه، وإلا فهو مشترك بين الجارين حتى مفرق البناءين، أي حتى قمة البناء الأقل إرتفاعًا. أما الجزء الذي يعلو المفرق فيعتبر مملوكاً ملكية خاصة لصاحب البناء الأصلي.

(ب) استعمال الحائط المشترك:

للمالك في الجدار المشترك أن يستعمله بحسب ما أعد له، وله أن يضع فوقه عوارض ليسند عليها السقف دون أن يحمله فوق طاقته(1).

يجيــز القانــون لكل شريك استعمال الحائط بشرط ألا يحول ذلك دون اســتعمال الشــريك الآخر له، وله أن يضع فوقه عوارض ليستند علــيها ســقف بنائه دون أن يحمله فوق طاقته، أي أنه يضع في حدود

(1) م ٨١٤ مدني.

المقرر ــ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ــ أن لمحكمة الموضوع سلطاتها المطلقــة فــي اســتخلاص مــا تقتــنع بــه وما يطمئن إليه وجدانها متي كان استخلاصــها ســائغا ولا يخالفه فيه للثابت بالأوراق، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه علي ما خلصت إليه محكمة الموضوع – في حدود ســلطتها في فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة فيها – أن إقامة حائط مشترك بين عقارين لا يفيد الملك شيوعاً في الأرض المقام عليها وان الأوراق خلو من ثمــة دلــيل علي أن للعقار المشفوع به حقوق ارتفاق علي العقار المشفوع فيه وكان تقدير توافر الشيوع أو حق الارتفاق علي أرض الجار اللذين يجيزان أخذ العقــار بالشــفعة هــو مما يتعلق بفهم الواقع في الدعوي. وكان ما استخلصته المحكمــة من انتفاء الشيوع وحق الارتفاق سائغاً وله سنده في الأوراق خاصة وان تقرير خبير الدعوى ورد خلواً مما يفيد اشتراك العقار المشفوع به والعقار المشــفوع فــيه في مدخل واحد فان ما ينعاه الطاعن في هذا الشأن لا يعدو ان يكــون جــدلا في تقدير الدليل لا يجوز التحدي به أمام محكمة النقض ويضحي سبب النعي علي غير أساس. (الطعن ٩٢٢ لسنة ٥٨ ق – جلسة ١٩٩٠/٥/٦)

نصف الثقل الذي يتحمله بحيث يبقي في طاقة الحائط ما يكفي الشريك في استعمال مماثل.

ويجب أن يكون الاستعمال في حدود الغرض المخصص له الحائط ألا وهـو الاستتار به وتحميل السقف فوقه، ولا ينبغي أن يتجاوز ذلك بفـتح مطـلات به[1] أو حفر خزائن أو مداخن علي نحو يتعارض مع طبيعـته ويقـدر قاضـي الموضوع طبيعة الاستعمال ومدي اتفاقه مع الغرض من الحائط، وله أن يمنع ويزيل كل استعمال مخالف.

(ج) إصلاح الحائط وتجديده :

إذا أصـبح الجدار المشترك غير صالح للغرض الذي خصص له عادة، فإن نفقة إصلاحه أو تجديده تكون غلي الشركاء كل بنسبة حصته فيه.

إن اسـتمرار الانتفاع بالحائط يتطلب دوام صيانته والحفاظ عليه، لذا يلزم القانون كل جار بالمساهمة، بنسبة حصته في الحائط، في نفقات الإصلاح والتجديد مادام ذلك ضرورياً للغرض المعد له أصلاً.

ويلتـزم الشريك الذي يتسبب بخطئه في تصدع وتلف الحائط بأن يتحمل وحده نفقات الإصلاح والترميم، وكذلك الحال إذا كان الهدف من إصلاح وتجديد الحائط تحقيق مصلحة خاصة به.

(د) إعادة بناء الحائط :

نحـن بصدد فرض اختلال الحائط المشترك أو تهدمه مما يقتضي إعـادة بـنائه. إن كانت للشريكين حمولة عليه لزمهما إعادة بنائه، فإن

---

(١) تمسـك الطـاعن بمـوافقة المطعون ضده على الفتحات التي أجراها بالحائط المملوك على الشيوع بينهما وطلبه إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات ذلك. دفاع جوهـري من شأنه ــ لو صح ــ أن يتغير به وجه الرأى فى الدعوى. رفض الحكـم تحقيقه وعدم العناية بتمحيصه لمجرد القول أنه دفاع غير مجد. قصور. (الطعن رقم ٢٣٩١ لسنة ٥٩ق، جلسة ١٩٩٤/٢/٣)

رفـض الشريك أو كان غائباً كان لشريكه بإذن من القضاء إعادة بناء الحائط والرجوع علي شريكه بنصيبه في النفقة والمصاريف. وإن كان لأحـد الشـريكين حمـولة علي الحائط دون الآخر، يُجبر الأخير علي المسـاهمة في البناء بنسبة حصته وانتفاعه، وإذا رفض الشريك أو كان غائـباً فلصاحب الحق بإذن القضاء إعادة البناء والرجوع علي شريكه بنصـيبه في النفقة والمصاريف. وفي جميع الأحوال إذا أعاد الشريك بـناء الحائط بدون رضاء شريكه وبدون إذن من القضاء ولا ضرورة فلا رجوع له بشيء علي شريكه[1].

يتضـح من ذلك أنه إذا اختل الحائط المشترك أو تهدم فإن نفقات إعادة بنائه تكون عليهما معاً كل بنسبة نصيبه فيه، سواء أكان للشريكين معـاً حمـولة علـيه أو لأحدهما فقط. ويستطيع أحد الشريكين أن يقوم بالبـناء ويـرجع علي الآخر بنصيبه في النفقات بشرط موافقة الشريك الآخر أو إذن القضاء في حالة عدم موافقته أو غيابه أو إن تكون هناك ضرورة، وإلا فلا رجوع علي شريكه بشيء.

(هـ) تعلية الحائط المشترك :

يمكـن أن يتفق الشركاء علي تعلية الحائط إذا كانت لهم مصلحة مشتركة في ذلك ويتحملوا نفقات التعلية كل بنسبة نصيبه. أما إن كانت التعلـية من مصلحة أحد الشركاء فقط فإن للشريك في الجدار المشترك الحـق فـي تعليته إذا كانت له مصلحة في ذلك بشرط أن تكون التعلية علي نفقته، وأن يقوم بما يلزم لجعل الجدار يتحمل زيادة العبء الناشئة عـن تعليته، فعليه أن يقويه مثلاً أو يضع له دعامات وأن يتولي بنفسه وعلي نفقته صيانة الجزء المعلي.

---

(١) السنهوري، ص ١٠٠٠.

وإذا تبين أن الجدار غير صالح بحالته لتحمل عبء التعلية كان عليه أن يعيد بنائه علي نفقته فإن كان يحتاج إلى زيادة في سمكه، وجب أن تكون الزيادة من جانب طالب التعلية وتكون مملوكة له وكذلك التعلية، أما الجزء المشترك الذي جُدد دون التعلية فيبقي مشتركاً[1].

ويتقرر الحكم حتى لا تضيع مصلحة الشريك أمام تعنت شريكه مادام الشريك طالب التعلية سوف يتحمل جميع النفقات، وكل ما يلزم لتلافي الضرر. إلا أنه من ناحية أخري يحق للجار الذي لم يطلب التعلية ابتداءً في أن يكون شريكاً فيها بشرط أن يدفع نصيبه في النفقات وفي قيمة الزيادة في الأرض بسبب زيادة سمك الجدار، وبذلك تتحقق مصلحة الشريكين[2].

وفي جميع الحالات يستطيع الشريك التخلص من الالتزام في الاشتراك في نفقات الإصلاح والتجديد وإعادة البناء والتعلية إذا تخلي عن نصيبه في ملكية الحائط والانتفاع به.

---

(١) م ٨١٦ مدنى.

(2) B. Boussageon, la mitoyenneté, Act. Jur., 1960, P. 51.

المبحث الخامس
المطلات والمناور

يضع القانون قواعد معينة لتنظيم فتح المطلات واستعمال المناور، وتشـــكل تلـــك القـــواعد قيوداً علي ملكية صاحبها لصالح الجيران فيما بينهم[١]. ونعرض للأحكام الخاصة بكل منها.

(أ) المطـــلات :

المطل هو فتحة يحدثها المالك في جدار ملكه للإطلال منها والنظر إلـــي الخارج، وكذا لينفذ منها الضوء والهواء، وذلك كالنوافذ والأبواب والشرفات (المشربيات). والمطلات نوعان :

١- **المطـــل المواجه** أو المستقيم هو الذي يمكن الإطلال منه علي ملـــك الجار مباشرة دون حاجة إلي الالتفات يميناً أو يساراً أو الانحناء الي الخارج[٢].

---

(١) المطلات التي تفتح علي المسافة القانونية تعد من قبيل القيود القانونية التي ترد علـــي حق الملكية ولا تفيد ارتفاقا للعقار المطل علي العقار المطل عليه وينبني علي دخول المطلات القانونية ضمن إطار القيود التي ترد علي حق الملكية أنها لا تـــزول بعدم الاستعمال ولا يرد عليها التقادم لأنها قيود دائمة ترد علي حق الملكـــية وتدوم بدوام هذا الحق. (الطعن ٢٢٠٣ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٨ / ١٢ / ١٩٨٤)

(٢) مـــن المقـــرر أنـــه إذا كانت الفتحات مطلة مباشرة علي ملك الجار عند الحد الفاصل بين العقارين فهي مطلات مقابلة لا منحرفة لأن هذه هي التي لا تسمح بنظـــر ملك الجار إلا بالالتفات عنها إلي اليمين أو إلي الشمال أو بالانحناء إلي الخـــارج وإذن فلا شك أن لذلك الجار الحق في سد الفتحات لما كان ذلك وكان الحكـــم المطعـــون فـــيه قد أقام قضاءه علي ما استخلصه من الثابت بالأوراق وبتقريـــر الخبيـــر مـــن أن الفـــتحات محل النزاع التي أجراها الطاعن بمنزله الملاصـــق لمنـــزل وأرض المطعون ضدها تطل مباشرة علي ملكها عند الحد الفاصل بين العقارين دون ترك المسافات المقررة قانوناً وإنها لذلك تعد مطلات مقابلـــة للمطعـــون ضـــدها وليست مواجهة للطريق العام ومن ثم فإن الطاعن =

٢- المطـــل المنحـــرف أو الجانبـــي هو علي العكس مما سبق لا يســـمح بالنظـــر إلـــي الجار إلا بالالتفات الي اليمين أو إلي اليسار أو بالانحناء إلي الخارج.

ويشـــترط القانـــون لفـــتح المطل ترك مسافة لا تقل عن خمسين ســـنتيمتر مـــن حـــرف المطل المنحرف، وترك مسافة متر من حرف المطل المواجه[1].

والمطل يقصد به أي فتحة يمكن الإطلال منها سواء كانت نافذة أو بـــاب أو مشـــربية، ويلزم الجار بترك مسافة متر بين الحائط الذي به

بإقامـــته لهـــا قد اعتدي علي حق مشروع للمطعون ضدها وإذ إنها وقد أقامت علـــي أرضـــها منزلاً وتركت جزءاً منها كممر خاص لها كان من حقها إلزام جارها الطاعن – بالقيود التي ترد علي حق الملكية، وإذ كان الثابت فضلاً عن ذلـــك أن تـــرخيص البـــناء الصادر للطاعن قد منعه من فتح تلك المطلات فإن الحكـــم المطعـــون فـــيه إذ انتهي من كل ذلك إلي القضاء للمطعون ضدها بسد المطـــلات فإنـــه يكـــون قد وافق صحيح القانون ويكون النعي عليه علي غير أساس. (نقض ٨٣/٥/٣ س ٣٤ ص ١١١٦)

(١) م ٨١٩ مدنى.

لمـــا كـــان أحكـــام القانون ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ ولائحته التنفيذية فى شأن تنظيم وتوجـــيه أعمال البناء قد نظمت قيد المسافة بالنسبة للأفنية الخارجية والداخلية دون أن تتعـــرض لقيد المسافة بالنسبة للمطلات المواجهة للجار والتى مازالت تخضـــع لحكم المادة ٨١٩ من القانون المدنى، وكان الحكم المطعون فيه بما له مـــن ســـلطة تحصيل فهم الواقع فى الدعوى قد خلص استنادًا إلى تقرير الخبير المنـــتدب والرسم الهندسى إلى أن ما أقامه المطعون ضده من فتحات فى عقاره تعـــد مطـــلات مـــواجهة قانونية مما تخضع لحكم المادة ٨١٩ من القانون ولا ينطـــبق عليها أحكام القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ بشأن تنظيم وتوجيه أعمال البـــناء وكـــان ذلك بأسباب سائغة لها أصلها الثابت بالأوراق وتكفى لحمله فإنه يكـــون قـــد طبق صحيح القانون. (الطعن ١٤٨٣ لسنة ٥٧ق، جلسة ١٠/٢٥/ ١٩٨٩)

المطل وملك الجار ولا يلتزم الجار بترك أية مسافة إذا كان فتح المطل علـــي الطريق العام أما إذا كان فتح المطل علي أملاك خاصة مجاورة تعين مراعاة المسافة أيا كان الغرض المخصصة له هذه الأملاك(١).

ويلاحـــظ أن قـــيد المسافة مقرر بالنسبة لكل جار علي حدة، فكل منهم يتقيد بهذا القيد وليس له أن يفتح مطلاً إلا علي المسافة نفسها من حد جاره.

ويعـــد تجاهـــل المســـافة القانونية اعتداء علي ملك الجار ويكون الجـــزاء هـــو التنفيذ العيني وذلك بطلب سد المطل حتي ولو لم يترتب للجار أي ضرر(٢).

---

(١) وضـــع المشرع قيود علي حق الملكية من بينها ما نص عليه في المادة ٨١٩ مدني لا يجوز للجار أن يكون له جاره مطل مواجهة علي مسافة تقل عن متر، وتقـــاس المســـافة مـــن ظهـــر الحائط الذي فيه المطل أو من حافة المشربة أو الخارجـــة، ممـــا مفاده أن من حق الجار أن يكون له مطل مواجهة علي جاره شريطة أن تراعي المسافة التي حددها المشرع. وتقاس هذه المسافة من المطل الـــي الخـــط الفاصل بين العقارين المتجاورين، فإذا كان الفاصل بينهما أرضاً فضـــاء مخصصـــة للاســـتعمال المشترك دخلت هذه الأرض الفضاء كلها في حســـاب المســـافة القانونية فتقاس من المطل حتى آخر الأرض المشتركة حيث تلاصـــق عقار الجار. لما كان الثابت في الدعوى أن المطعون عليهما الأولين أقامـــا مطلاتهمـــا المـــواجهة علـــي الأرض المختصة للاستعمال المشترك مع الطـــاعن علـــي مسافة تزيد عن متر حتى نهاية هذه الأرض فإن هذه المطلات تكون قانونية.

(٢) إنه لما كان القانون يوجب الحكم بإزالة المطل الذي تنطبق عليه المادة ٣٩ من القانـــون المدنـــي بـــلا نظر إلى الضرر، فان عدم تحدث المحكمة في حكمها بالإزالـــة عن اعتساف الجار في طلب الإزالة لعدم إصابته بضرر من شأنه أن يســـتوجبها – ذلك لا يقدح في حكمها، إذ هذا التحدث كان يكون له محل لو أن المحكمـــة كانت تملك النظر في قيام الضرر أو عدم قيامه. (الطعن ١٤١ لسنة ١٦ ق، جلسة ١٩٤٨/١/١٥)

المقـــرر فـــي قضاء هذه المحكمة ان قول الشارع في المادة ٢٩٠ من القانون المدنـــي القديم المقابلة للمادة ١/٨١٩ من القانون المدني الحالي "لا يجوز للجار أن يكـــون له علي جاره مطل مواجه علي مسافة تقل عن متر" معناه التحريم، والتحـــريم يوجب إزالة الفعل المحرم بلا نظر إلى كونه احدث ضرراً بالفعل أم لـــم يحـــدث فانه مع التحريم يكون الضرر مفترضاً قانوناً.(الطعن ١٦٥٦ لسنة ٥٢ ق، جلســـة ١٩٨٦/٤/٦) طلب سد المطلات غير القانونية هو حق لصاحب العقـــار المطل عليه ولو كان أرضاً فضاء باعتبار أن فتح المطلات اعتداء علي المالـــك يتـــرتب علي تركه اكتساب صاحبها حق ارتفاق بالمطل والتزام مالك العقـــار المـــرتفق بـــه مـــراعاة المسافة القانونية بين المطل وما قد يقيمه من بناء.(نقض ١٩٨١/١/١٥ س ٣٢ ص ٢٠٧)

النزاع حول سد المطلات غير قابل للتجزئة فان نقض الحكم لصالح الطاعنة - يستتبع نقضه بالنسبة للطاعن. (الطعنان رقما ٢٩٣، ١٢٩٦ لسنة ٥٦ ق، جلسة ١٩٩١/١/٢٠)

إذا كـــان الـــثابت من الأوراق أن الشارع المطلوب سد المطلات المفتوحة عليه كـــان قد أنشأه مالك الأرض في أرضه وأعده لمنفعة المباني التي تقام فيها علي جانـــبه فـــان هذا الشارع يكون من الملحقات الضرورية لتلك المباني مخصصاً لمنفعتها المشتركة، وبالتالي فإنه يكون مملوكاً لأصحابها علي الشيوع الجبري، أي للبقاء معداً مؤبداً ولا تجوز فيه القسمة. ومتي كان ذلك كذلك فان المشترين من هذا المالك يكون حقهم علي هذا الشارع حق الشريك في الملك علي الشيوع لا حـــق ارتفاقـــا عليه، فلهم قانوناً الحق في سد الفتحات التي يحدثها عليه من عداهم من الملاك الآخرين. (الطعن ١٢٩ لسنة ١٣ ق - جلسة ١٩٤٤/١١/٢)

دعـــوي ســـد المطلات المفتوحة بغير حق علي المال الشائع من قبيل الوسائل اللازمـــة لحفظه التي يملك كل شريك علي الشيوع مباشرتها ولو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء، عملاً بنص المادة ٨٣٠ من القانون المدني. (نقض ١/١٥/ ١٩٨١/ س ٣٢ ص ٢٠٧)

ولمـــا كانت مخالفة المالك لحظر فتح مطل علي عقار جاره سواء أكان المطل مواجهاً أم منحرفاً تعد من مسائل القانون التي تنبسط إليها رقابة محكمة النقض فإنه يجب علي الحكم المثبت لحصول هذه المخالفة والقاضي بإزالة المطلات أو بســـدها أن يعـــرض لشروط تلك المخالفة، فيبين بما فيه الكفاية ماهية الفتحات

وإذا تـرك الجـار المطل مفتوحاً علي ملكه دون مراعاة المسافة القانونـية المقـررة، ولم يعترض علي فتحه مدة ١٥ سنة، فإن صاحب المطل يكتسب حق ارتفاق بالمطل علي أرض الجار، ولكن يشترط لذلك أن يتضـمن فتح هذا المطل معني التعدي علي ملك الجار بتحميله عبئاً اسـتثنائياً بالمطل عليه دون تقيد بالمسافة القانونية، وهو ما يفترض أن ليس في فتحها أو تركها أية مظنة للعفو أو التسامح من جانب الجار[1].

التي أنشأها الجار المخالف وما إذا كان ينطبق عليها وصف المطل المواجه أو المنحرف ومقدار المسافة التي تفصله عن عقار الجار، فإذا خلا الحكم مما يفيد بحـث هذه الأمور فان ذلك يعد قصوراً في تسبيب الحكم يعجز محكمة النقض عـن مـراقبة تطبيق القانون، لما كان ذلك وكان تقرير الخبير الذي أحال إليه الحكم المطعون فيه واتخذه عماداً لقضائه لم يستظهر ماهية الفتحات التي أنشأها الطاعـنون ومقـدار ارتفاع قاعدتها عن سطح أرضية الدور المفتوحة فيه فان الحكـم المطعـون فـيه إذ انتهـي إلي تأييد قضاء محكمة أول درجة يسد هذه الفـتحات دون أن يبين وجه مخالفتها للقانون يكون معيبا بالقصور في التسبيب. (الطعن ٣٣١ لسنة ٥٤ ق – جلسة ١٩٩٠/٣/٨)

(١) الطعن ٥٥٤٨ س ٦٣ق، جلسة ١٩٩٤/٤/١٧.

مفـاد المادة ٨١٩ من القانون المدني أن المطل إذا كان مفتوحاً علي مسافة أقل مـن متر وظل علي هذا النحو مدة خمس عشرة سنة، وكانت الحيازة مستوفية لشـرائطها وليست علي سبيل التسامح، فان صاحب المطل يكسب حق ارتفاق بالمطـل بالتقادم ويكون له الحق في استبقاء مطله مفتوحاً علي أقل من المسافة القانونـية كمـا هـو وليس لصاحب العقار المجاور أن يعترض حتى لو كان المطـل مفـتوحاً في حائط مقام علي الخط الفاصل بين العقارين بل ليس له في هـذه الحالـة أن يقيم حائطاً في ملكه إلا بعد أن يبتعد عن الخط الفاصل بمسافة متـر وذلـك حتى لا يسد المطل المكتسب بالتقادم. (نقض ٤/ ١٢/ ١٩٨٠ س ٣١ ص ٢٠٠٠)

وكـان البـين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه لم يبين ماهية المطلات التي أقامها الطاعن ووجه مخالفتها للقانون، ولم يعرض لدفاعه الذي تمسك به أمام محكمـة الموضوع من تملكه الأرض التي تطل عليها هذه المطلات بوضع يده

-

ويترتب علي ذلك أيضا التزام الجار بمراعاة المسافة القانونية بين المطـــل والبناء الذي قد يقيمه في أرضه، وذلك علي طول البناء الذي فتح فيه هذا المطل . فإذا كان المطل المخالف الذي تم اكتسابه بالارتفاق مفـــتوحاً دون تـــرك أي مسافة، فإن الجار الذي يريد البناء يلتزم بترك مسافة متر وإذا أراد الجار فتح مطلات في مبناه تعين عليه ترك مسافة مترين[1].

علـــيها المدة الطويلة المكسبة للملكية، وهو دفاع جوهري من شأنه ان صح أن يتغيـــر بـــه وجه الرأي في الدعوى، فانه يكون معيباً بالقصور. الطعن ١٥٦٢ لسنة ٥١ ق – جلسة ١٣/ ١/ ١٩٨٨

فـــإذا قضـــت المحكمة باكتساب حق الارتفاق بالمطلة وجب عليها ان تبين في حكمهـــا جميع العناصر الواقعية اللازمة لثبوته من وضع اليد ومظهره ومبدئه واســـتمراره طـــوال المدة المكسبة له حتى يتسنى لمحكمة النقض مراقبة صحة تطبيق القانون. (الطعن ٢٣٣٩ لسنة ٥٤ ق – جلسة ١٩٨٥/١٠/٣٠)

وكان المستفاد من أقوال شاهدي المستأنفات (المطعون عليهن) التي تطمئن إليها المحكمة ومن معاينة الخبيرة المنتدبة للعقار المملوك لهن أن فتح النافذتين محل النـــزاع واســـتعمال المســـتأنفات ومورثـــتهن من قبل لحق المطل علي عقار المســـتأنف عليه (الطاعن) كان ظاهراً هادئاً مستمراً مدة خمسة عشر عاماً قبل قـــيام النـــزاع الراهن وكان البين من الأوراق أن المالك السابق للأرض المقام علـــيها البـــناء والمســـتأنف علـــيه مـــن بعده قعدا عن منازعة المستأنفات في استعمالهن لحق المطل بعد الحكم علي الأول في الدعوى المستعجلة رقم ٤٠٨٢ لســـنة ١٩٥٨ القاهرة التي أقمنها عليه بطلب وقف الأعمال الجديدة التي شرع فـــي إقامـــتها علي تلك الأرض حتى شرع المستأنف عليه في البناء عليها سنة ١٩٧٦ وهـــو مـــا يفصح عن أن استعمال المستأنفات للمطل لم يكن علي سبيل التســـامح منهما فإنهن لذلك يكن قد اكتسبن حق الارتفاق المذكورة بالتقادم مما يتعين معه الحكم علي المستأنف عليه بإزالة جزء البناء الذي أقامه – بالمخالفة لحقهن في هذا المطل. (الطعن ٢٣٣٩ لسنة ٤ ق، جلسة ١٩٨٦/٦/٤)

(١) مـــؤدي نـــص المـــادة ٨١٩ من القانون المدني انه إذا اكتسب المطل المواجه بالـــتقادم فلا يحق للجار أن يبني علي مسافة أقل من متر علي طول البناء الذي =

مــن المقــرر انــه إذا انهــدم العقار القديم وأعيد بناؤه فان حق الارتفــاق بالمطل يعود للعقار الجديد، إلا أن هذه العودة يجب أن تقدر بقــدرها وأن تتقــيد بمضــمون الارتفاق الأصلي . وإذ كان الثابت أن الارتفــاق الأصلي بالمطل لا يجاوز الدور الأرضي من العقار القديم، فــان الحكم المطعون فيه بتقريره حق المطل لكافة الطوابق التي تعدو الــــدور الأرضــي مــن عقار المطعون ضده الجديد يكون قد خالف القانون[١].

(ب) المنــــاور :

المنور هو فتحة يقصد منها مرور الهواء ونفاذ الضوء ولا تسمح بــالإطلال مــنها علي ملك الجار لذا يجب أن تعلو قاعدتها علي قامة الإنسان وإلا أمكن الإطلال منها وأصبحت مطلاً .

والقاعــدة أنه لا يشترط ترك مسافة عند إنشاء المناور التي تعلو قاعدتها عن قامة الإنسان المعتاد، ولا يقصد منها إلا مرور الهواء ونفاذ النور، دون أن يستطاع الإطلال منها علي العقار المجاور[٢]، فلا تسمح لأحــد بالــرؤية الجارحة، وإنما تسمح بنفاذ النور ومرور الهواء فقط، وللجار أن يبني في ملكه وإن ترتب علي ذلك سد المنور .

فالمنور هو الذي تعلو قاعدته عن قامة الإنسان العادي، وان كان القضاء يري أنه يجب أن يراعي في ارتفاع المنور أن لا يقل عن أطول

فــتح فيه المطل حتى لا يسد المطل كلياً أو جزئياً . (نقض ١٩٧٨/١١/٢١ س ٢٩ ص ١٧٢١)

(١) نقض ١٩٧٢/٤/٨ س ٢٣ ص ٦٧٦.

(٢) م ٨٢١ مدنى، جمال ذكي ، الحقوق العينية الأصلية، ص ٨٤.

الأفــراد قامة كما يتعذر الإطلال منها، ولا يصح الأخذ بارتفاع يتناسب مع متوسط القامات إذ الحظر يجب أن يكون شاملاً[1].

---

(١) الــنص في المادة ٨٢١ من القانون المدني علي أنه لا يشترط أية مسافة لفتح المــناور وهي التي تعلو قاعدتها عن قامة الإنسان المعتادة دون تخصيص هذا المعــيار بارتفــاع معين يدل علي ان المشرع قد ترك لمحكمة الموضوع تقدير الارتفــاع المطلــوب وفقاً لذلك المعيار، ولما كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر القامـــة المعـــتادة هي ١٨٠ سم فانه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون.(نقض ١٩٨١/٤/٢٣ س ٣٢ ص ١٢٢٨)

مفــاد النص في المادة ٨٢١ من القانون المدني علي أن المشرع أباح للمالك أن يفــتح علي ملك جاره منوراً لمرور الهواء ونفاذ النور دون اشتراط آية مسافة لــه، وإذ يفعل المالك ذلك فانه إنما يزاول حقه في الملكية ويستعمل رخصة من المبــيحات أجازها القانون له ومن ثم فلا يحق لجاره أن يطلب سد هذه الفتحة باعتبارها منوراً. (الطعن ٥٨٣ لسنة ٥٢ ق – جلسة ١٩٨٥/٦/١١)

وتطــبق محكمـــة النقض نظرية التعسف في هذا المجال بقولها: ان المقرر في قضـــاء هـــذه المحكمة بأن الأصل انه لا جناح علي من يستعمل حقه استعمالا مشروعاً فلا يكون من ثم مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر بغيره علي نحو ما نصت عليه المادة الرابعة من القانون المدني وما أوردته المادة التالية لها من قيد علي هذا الأصل أعمالا لنظرية إساءة استعمال الحق متمثلاً في أحد معايير ثلاثة يجمع بينها ضابط مشترك هو نية الإضرار سواء في صورة تعمد الإساءة إلى الغير دون نفع يعود علي صاحب الحق من استعماله أو في صورة استهانة ممــا يحــيق بذلك الغير من ضرر جسيم تحقيقا لنفع يسير يجنيه صاحب الحق بحــيث لا يكاد يلحقه ضرر من الاستغناء عنه والثالث أن تكون المصلحة التي يهــدف إليها غير مشروعة، لما كان ذلك، وكان الثابت من الأوراق أن الاتفاق وعقــد الصــلح المؤرخين ١٩٧٣/٤/١، ١٩٧٣/١١/١٩ تضمنا اتفاق الطاعن ومورث المطعون عليهما الأولين علي أن يكون لكل منهما الحق في فتح أبواب ونوافذ علي المنور المشترك بين عقاريهما، وان الطاعن تمسك بأن عدم تمكينه مــن فــتح بــاب علي هذا المنور ينقص من قيمة عقاره المطل عليه ويصيبه بأضــرار جســيمة، فــان الحكم المطعون فيه اذ لم يرد علي هذا الدفاع وأقام قضـــاءه بــرفض طلب الطاعن تمكينه من فتح باب علي المنور سالف الإشارة =

لا يســتلزم ألنص ترك مسافة بين المنور وبين حدود ملك الجار، حــيث يستطيع المالك أن يفتح المنور في الحائط الذي يبنيه علي حدود ملكه مع الجار ولا يحق للجار أن يطلب سد المنور أو الاعتراض عليه، وإنمــا يكون له البناء علي حدود ملكه مباشرة دون ترك أية مسافة ولو ترتب علي هذا البناء سد المنور، ولا يمكن مساءلته عن ذلك إلا إذا كان متعسفاً في استعمال حقه.

إلا أنــه ينبغي ملاحظة أن السماح بوجود المنور مقيد بالغرض مــنه وهــو مجــرد دخول الضوء ومرور الهواء، أما إن أساء الجار استخدامه كما إذا اعتلي أشياء ليطل منها علي ملك جاره، أو اعتاد علي إلقــاء المخلفــات مــنها، جاز آنذاك للجار أن يطلب سد المنور لتفادي استعمالها غير القانوني .

استناداً الي أنه ليس له حق قبل المطعون عليهما الأولين في فتحه وليس عليهما أي التــزام قبله في هذا الصدد وعلي انه غير صحيح أن نصوص الاتفاق وعقد الصلح تشير إلى فتح هذا الباب أو أي صفة أو التزام يتعلق به، وعلي أن فتح الباب لا يفيد الطاعن بل ان فتحه يؤدي إلى الوصول إلى عقار المطعون عليهما المذكــورين، وذلك دون أن يبين ما اذا كان الطاعن قد استهدف من دعواه في هــذا الخصــوص الإضــرار بالمطعون عليهما الأولين أو تحقيق مصلحة غير مشــروعة لا تتناســب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببيهما وبالتالي تكون مطالبــته بتمكينه من فتح باب علي المنور موضوع النزاع استعمالاً لحق غير مشــروع، فانــه يكــون معيباً بمخالفة الثابت بالأوراق والقصور في التسبيب. (الطعن ١٦٩٣ لسنة ٥٤ ق، جلسة ١٩٨٨/١/٢٧)

المبحث السادس

الشرط المانع من التصرف

إن سلطة التصرف هي جوهر حق الملكية، ومع ذلك يجوز، بمقتضي تصرف قانوني تقييد الملكية عن طريق الشرط المانع من التصرف. أي أنه يجوز حرمان المالك، بصفة مؤقتة، من سلطة التصرف فيما يملك بمقتضي شرط إرادي(١).

(أ) شروط صحة الشرط المانع من التصرف :

أولا: إن مجال الشرط المانع من التصرف هو العقد أو الوصية. ويرد هذا الشرط، غالبا في عقود الهبة وفي الوصايا، وخاصة بالنسبة للعقارات.

حيث يمكن شهر هذا الشرط والاحتجاج على الغير به، أما بالنسبة للمنقول فيصعب إعمال الشرط حيث يتم التصرف فى المنقول، بالمخالفة للشرط، إلى الغير حسن النية فيكتسب ملكيته بمجرد انتقال الحيازة إليه، ولا يمكن التمسك فى مواجهته بالشرط المانع.

---

(١) تنص المادة ٨٢٣ مدني علي انه :

١- إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضي بمنع التصرف في مال، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنيا علي باعث مشروع، ومقصور علي مدة معقولة.

٢- ويكون الباعث مشروعاً متي كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف إليه أو الغير.

٣- والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدي حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير.

وتنص المادة ٨١٤ علي أنه إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحاً طبقاً لأحكام المادة السابقة، فكل تصرف مخالف له يقع باطلاً.

ولا يجــوز للمالك أن يقرر بإرادته المنفردة عدم جواز التصرف في مال من أمواله، حيث يترتب علي ذلك إخراج هذا المال من الضمان العــام للدائنين نظراً لأنه لا يجوز التنفيذ علي المال الممنوع التصرف فيه[1].

ثانيا : يجب أن يكون الباعث مشروعاً . ويكون الباعث مشروعاً متي كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف إليه أو للغير . يكفي وجود مصلحة جدية تدعو إلي تقرير هذا الشرط . وهذه المصلحة قد تكون مادية أو أدبية، ويقدرها القاضي بحسب ظروف الحال .

ومن أمثلة المصلحة المشروعة، اشتراط البائع علي المشتري عدم التصــرف فــي المبــيع قبل الوفاء بكامل الثمن واشتراط عدم تصرف الموهوب له أو الموصي له في الشيء الموهوب أو الموصي به حماية من طيشه وتبذيره وعدم خبرته[2].

ثالــثاً : يجب أن تكون مدة المنع من التصرف معقولة، فلا يجوز أن يكــون المــنع من التصرف مؤبداً لأن ذلك يؤدي إلى إهدار سلطة التصــرف وحبس المال عن التداول بصفة نهائية . ولا يجوز أن يكون المــنع لمــدة طويلة تتجاوز الغاية من تقرير الشرط . ويكون للقاضي

---

(١) محمد كامل مرسي، ص ٢٧٣

(٢) المــادة ٨٢٣ من القانون المدني لا تبيح اشتراط حظر التصرف إلا لمدة مؤقتة وبــناء علي باعث مشروع، وهي الحدود التي أباح المشرع في نطاقها الخروج علــي مبدأ حرية تداول الأموال، وقد استخلص الحكم المطعون فيه من عبارات الوصــية وفــي استدلال سائغ أن الباعث علي حظر التصرف الموقوت بحياة الموصــي إلــيها هــو حمايتها وتحقيق مصلحتها بما لا خروج فيه علي قواعد الــنظام العام . ومن ثم فإن هذا الذي انتهي إليه الحكم لا ينطوي علي خطأ في تطبيق القانون. (نقض ١٩٧٧/١/١٩ س ٢٨ ص ٢٧٦)

سلطة تقديرية واسعة في التعرف علي مدي معقولية المدة . ويجوز أن تكون مدة المنع هي حياة شخص معين .

(ب) آثار الشرط المانع من التصرف :

أولا : إذا توافـرت الشـروط السـابقة كـان الشرط المانع من التصـرف صـحيحاً، وترتب عليه تقييد سلطة المالك في التصرف في الشيء، ويستوفي ذلك التصرف المادي أو القانوني .

ثانـياً وإذا تصرف المالك في الشيء بالمخالفة للشرط المانع من التصـرف وقـع تصرفه باطلاً . والبطلان هنا نسبي يجوز التمسك به ممن تقرر الشرط لمصلحته[1].

ثالـثاً : يكون المال الممنوع من التصرف فيه غير قابل للحجز علـيه، فمن المقرر أن اشتراط المنع من التصرف يستتبع عدم القابلية للتنفـيذ، وذلك حتى يتحقق الغرض من المنع، وهو بقاء المال في ذمة المالـك حماية لمصلحة مشروعة للمشترط. والقول بغير ذلك يؤدي إلي إهدار قيمة الشرط،، حيث يكفي أن يمتنع المالك عن الوفاء بديونه، التي يكـون قد اصطنعها لهذا الغرض، فيباع الشيء جبراً ليستوفي الدائنون حقوقهم من الثمن، وبذلك يصل المالك بطريق غير مباشر إلي التصرف في الشيء رغم الشرط المانع[2].

---

(١) الـبطلان المقـرر بالمـادة ٨٢٤ من القانون المدني لمخالفة شروط المنع من التصرف ــ وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة ــ ليس بطلانا مطلقاً بل هو بطـلان يـتفق مع الغاية من تقرير المنع وهي حماية مصلحة خاصة مشروعة لأحد الأشخاص ومن ثم يتحتم قصر المطالبة بهذه الحماية أو التنازل عنها علي صـاحب المصلحة وحده ويمتنع علي المحكمة الحكم به من تلقاء نفسها. (نقض ٨٣/٣/٢٤ س ٣٤ ص ٧٣٦)

(٢) السنهوري، ص ٥١٨.

كـــل ذلك ما لم يكن الشرط المانع قد قصد به حماية الدائنين، كما فـــي حالـــة اشتراط عدم التصرف في المبيع قبل سداد كامل الثمن، هنا يجوز للبائع التنفيذ علي الشيء المبيع لاستيفاء الثمن.

الفصل الثالث
الملكية الشائعة

تنقسم دراستنا للملكية الشائعة علي النحو التالي :

المبحث الأول : التعريف بالملكية الشائعة ٠

المبحث الثاني : الانتفاع بالملكية الشائعة ٠

المبحث الثالث : إدارة المال الشائع ٠

المبحث الرابع : التصرف في المال الشائع ٠

المبحث الخامس : قسمة المال الشائع ٠

المبحث السادس : صور خاصة من الملكية الشائعة ٠

المبحث الأول
تعريف الملكية الشائعة

(أ) مفهوم الشيوع :

إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً دون أن تفرز حصة كل منهم فيه، فهم شـــركاء فيه علي الشيوع، وتحسب الحصص متساوية، إذا لم يقم دليل علي غير ذلك[1].

فالشـــيوع يعني تعدد الملاك لشيء واحد دون ان يختص كل منهم بشـــيء مفـــرز فيه، بل يملك كل منهم حصة شائعة فيه، فالحصة التي يملكها الشريك في الشيوع شائعة في كل المال لا تتركز في جانب منه بالـــذات، بل تقع علي الشيء الشائع جميعه. وهذا الشيء يكون مملوكاً لعـــدة أشـــخاص دون أن يتعين نصيب كل منهم مادياً فيه، إلا أن هذا النصيب يتعين من الناحية المعنوية في الحق نفسه[2]. فحق الملكية ينقسم

---

(١) م ٨٢٥ مدني

متي كانت حصص كل من الشركاء في المحل التجاري لم تفرز فهم شركاء علي الشيوع وتحسب الحصص متساوية إذا لم تر المحكمة دليلاً مقنعاً علي غير ذلك عمـــلاً بحكـــم المـــادة ٨٢٥ مـــن القانون المدني الجديد والتي قننت - علي ما أفصـــحت عـــنه المذكرة الإيضاحية للقانون المذكور ــ ما كان معمولا به أثناء سريان القانون المدني القديم. (نقض ٨/١/ ١٩٧٠ س ٢١ ص ٢٤)

(٢) وإن كانت الملكية الشائعة تسري بقدرها إلى كل أجزاء المال المشاع فإن ذلك لا يمحو ما لكل حصة فيه من كيان ذاتي فتكون في كل جزء منه متميزة بالقوة عـــن غيرها إلى حصول القسمة وحينئذ تصير متميزة بالفعل. ذلك أن الحصة الشـــائعة وإن لـــم تكـــن فـــي العيان متميزة حالاً فإنها متميزة بالقسمة ما لاً، وبمـــوجب ما للقسمة من أثر رجعي كاشف تكون في نظر القانون متميزة عن غيـــرها مـــن أول الأمـــر. فـــإذا قضي حكم برفض دعوى تثبيت ملكية أرض اشـــتراها المدعـــي مؤسساً ذلك علي بطلان عقد البيع الصادر إليه نتيجة سبق الحكم ببطلان عقد تمليك البائع الأصلي، في حين أن هذا البائع كان قد تملك بعد البـــيع الصادر منه حصة شائعة فى جملة الأطيان يمكن أن تخرج منها الحصة =

بين الشركاء لكل منهم حصته كالنصف أو الثلث أو الربع. والأصل أن تكون الحصص متساوية ما لم يقم دليل علي غير ذلك.

وكما يوجد الشيوع في الملكية يمكن أن يوجد في الحقوق العينية الأخــرى وتنطــبق عليها نفس الأحكام إلا ما يتعارض مع طبيعة هذه الحقوق .

(ب) تمييز الشيوع عما عداه :

الشــيوع بمعناه السابق يختلف عن صور مشتركة أخري للملكية يتحدد لكل شريك في الشيء الملوك جانب يختص به .

١- فملكــية الطبقات ليست ملكية شائعة بل هي ملكية مفرزة لأن محــل حــق كل شريك طبقة محددة من طبقات المنزل لا يشاركه فيها غيــره، ولكــن الأرض وأجــزاء البــناء من المنزل المعدة للاستعمال المشترك بين جميع الملاك تعد مملوكة علي الشيوع[1].

٢- ولا يقوم الشيوع أيضا في حالة القرار لأن ملكية الأرض تظل لصاحبها منفصلة عن ملكية المباني التي تكون لصاحب حق القرار[2].

٣- ونظــراً لأن الشيوع لا يكون إلا في الحق الواحد فإنه لا يقوم بــين مالك الرقبة وصاحب الانتفاع أو الاستعمال وذلك في حالة نزول المالــك للغيــر عن حقه في الاستغلال كله أو بعضه، فحق الملكية هنا

المبيعة فلا مخالفة فى ذلك للقانون. إذ أن ما باعه البائع الأصلى وآل أخيرًا إلى المدعــى وإن كان قدرًا شائعا فى جملة الأطيان فإنه قدر معين بذاته متميز عن غيــره بكــونه هــو مــا اشتراه هذا البائع من أحد الورثة وقضى بإبطال البيع الصــادر له فى خصوصه، فهو لذلك يختلف عن القدر الشائع الذى تملكه البائع المذكــور فــيما بعد بالشراء من مالك آخر مشتاع. (الطعن ١١١ لسنة ١٦ق، جلسة ١٩٤٨/١/١٥ والطعن ١٠ لسنة ١٧ق)

(١) انظر ما يلى ص ١٦٧ .

(٢) انظر ما يلى ص ٢٠٣ .

لــيس مشتركاً بين المالك وبينهما. إلا أنه من المتصور قيام الشيوع في حق الرقبة أو في حق الانتفاع.

٤- وتخــتلف الملكية الشائعة عن الملكية الجماعية(١)، فهي ملكية وسط بين الملكية المفرزة والملكية المشتركة (الجماعية)، فالحصة التي يملكها الشريك في الشيوع شائعة في كل المال لا تتركز في جانب منه بالــذات، وهــذا ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية المفرزة، والشيء المملــوك علي الشيوع لا يملكه الشركاء مجتمعين، بل يملك كل شريك حصــته فــيه، وهــذا مــا يميز الملكية الشائعة عن الملكية المشتركة (الجماعية).

فالملكــية الجماعية هي ملكية مشتركة لا ملكية فردية، فهي ملكية واحدة لكل الشركاء مجتمعين ولا يملك أي واحد منهم بمفرده لا الشيء المملوك ولا أية حصة فيه مفرزة أو شائعة، إذ أن كل شريك في الملكية المشتركة متي قدم نصيبه فقد حقه العيني عليه لينتقل إلي الجماعة دون أن تكــون لها شخصية معنوية. أما الملكية الشائعة فهي ملكية فردية لا جماعية لأن كل شريك علي الشيوع يملك مفرداً حصته في المال الشائع وينصب حقه علي هذه الحصة مباشرة.

(ج) مصدر الشيوع :

إن مصدر الشيوع هو مصدر الملكية بصفة عامة، أي أن مصادر الشــيوع تكمن في أسباب كسب الملكية، وعلي ذلك فقد تكتسب الملكية الشائعة بالتصرف القانوني أو بالواقعة المادية .

---

(١) حسن كيره، ص ١٥٥.

C. Atlas, Droit Civil, les biens, litec, 1999, n. 855.

فقــد يكون مصدر الشيوع العقد كأن يشتري شخصان عقاراً علي وجــه الشيوع[1]. وقد يكون الوصية كما إذا أوصي شخص لاثنين بمال علي الشيوع. وقد يكون أي سبب آخر من أسباب كسب الملكية كالواقعة المادية، وأكثرها انتشاراً الميراث حيث تنتقل الكثير من ملكية المباني أو الأراضي الزراعية إلي الورثة ويستبقون ملكيتها شائعة فيما بينهم لفترة من الزمن[2].

---

(١) متــي كان الحكم إذ قضي بتثبيت ملكية الطاعن إلي المقدار الذي اشتراه شائعا لا مفــرزا قــد استند إلي ما ورد بعقد شرائه فليس له أن يتمسك بما ينعاه علي الحكــم لعــدم قضائه له بالملكية مفرزة استناداً إلي أن ملكية البائعين له كانت مفــرزة وأن مــا ورد بالعقد من أن البيع شائع في مساحة معينة إنما كان بناء علــي أمر المساحة إذ أن مؤدي هذا النعي مخالفة ما ورد بسند ملكيته في هذا الخصوص. (الطعن ٢٨٠ لسنة ٢٠ ق – جلسة ١٦/٤/١٩٥٣)

المقــرر فــي قضــاء هذه المحكمة أن من تلقي حصة مفرزة لا يملك بإرادته المنفردة أن يغير موضوع حقه فيجعله شائعاً، علي خلاف مقتضى سنده ن ولما كــان الــثابت مــن مدونات الحكم المطعون فيه أن القدر المبيع للمطعون عليه الأول بالعقد موضوع الدعوي هو ١٢ ط مفرز وقد طلب المطعون عليه الأول الحكــم بصحة ونفاذ هذا العقد عن قدر شائع في مساحة اكبر هي ١٥ س ٣ ف فإن الحكم المطعون فيه إذ أجابه إلى هذا الطلب وقضي له علي خلاف مقتضي ســنده، يكــون قــد أخطأ في تطبيق القانون. (نقض ٥/٥/١٩٨١ س ٣٢ ص ١٣٧٤)

(٢) إن مجرد وضع يد الوارث علي قدر مفرز من أرض مشتركة لا يمنعه مس أن يطالــب بتثبيت ملكيته لحصته الميراثية شائعة في هذه الأرض، ولا من القضاء له بذلك، ما دامت التركة لا تزال علي الشيوع . وإذن فلا يعيب الحكم في هذه الدعوى إغفاله بحث أمر وضع اليد اعتبارا بأنه غير منتج. (الطعن ١٧٠ لسنة ١٧ ق – جلسة ٦/١/١٩٤٩)

إذا كــان الملــك لأخــوة مــتعددين ولم يبع للمشتري منهم إلا بعضهم فحصة الآخــرين باقــية لهم بداهة ولا يستطيع المشتري بتسجيل عقد مشتراه أن يخلق لنفســه علاقــة بهؤلاء الآخرين يمنعهم بها من التصرف في ملكهم الباقي لهم =

وتــتحدد حصة كل مشتاع عادة في السبب المنشيء للشيوع، فإذا اشتري أكثر من شخص عقاراً علي الشيوع فإن العقد يحدد غالبًا حصة كـــل شريك. وتحدد حصة كل وارث في أموال التركة بنسبة نصيبه في الميـــراث . وفـــي جمـــيع الحـــالات إذا لم تعين حصة كل مشتاع فإن حصصهم تكون متساوية هذا ما لم يقم الدليل علي العكس .

تصـــرفاً إنشائيا أو بطريق الإجازة ولا أن يجبرهم كلما تصرفوا أو كلما أجازوا عمـــل فضـــولي أن يسجلوا تصرفهم أو إجازتهم حتي يكون أيهما حجة عليه. (الطعن ٥ لسنة ٥ ق - جلسة ٣٠/ ٥/ ١٩٣٥)

المبحث الثاني
الانتفاع بالمال الشائع

(أ) حق كل شريك في الانتفاع بالشيء :

إن كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً، وله أن يتصرف فـيها وأن يســتولي علي ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء[1].

للمالــك علــي الشــيوع حق استعمال واستغلال الشيء في حدود نصــيبه، وبشرط عدم الإضرار بحقوق الشركاء الآخرين، وهذا الحق مقرر لكل الشركاء . فلكل شريك الحق في الاستيلاء علي ثمار حصته، وأن يســتعملها إلا أن ســلطته في هذا الاستعمال يجب أن تتقيد بحقوق سائر الشركاء[2].

---

(١) م ٨٢٦ مدني.

إن الملكية علي الشيوع كالملكية المفرزة تشتمل علي عناصر ثلاثة: الاستعمال والاســتغلال والتصرف. إلا أن الاستعمال والاستغلال يتقيدان بحقوق الشركاء الآخرين، وكانت المطعون ضدها لم تقم دعواها بالطرد إلا علي أساس غصب ملكها دون أن تنسب للطاعن الأول – الشريك المشتاع وهو والد الطاعن الثاني – انــه استعمل حصته الشائعة استعمالا الحق ضررا بسائر الشركاء فانه يكون من حقه استعمال هذه الحصة لسكناه وعائلته وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظــر وقضــي بطــرد الطاعنين من شقة النزاع فانه يكون قد خالف القانون. (نقض ١٩٨٤/٦/١٣ س ٣٥ ص ١٦٥٨)

(٢) الــثمار التــي تنتج من المال الشائع أثناء قيام الشيوع من حق الشركاء جميعاً بنســبة حصــة كــل مــنهم وللشريك علي الشيوع أن يرجع بربع حصته علي الشــركاء الذين يضعون اليد علي ما يزيد عن حصتهم كل بقدر نصيبه في هذه الزيادة .(نقض ١٩٨٢/١١/٢١ س ٣٣ ص ٩٩٠).

الــثمار التــي تنتج من المال الشائع أثناء قيام الشيوع من حق الشركاء جميعاً بنســبة حصــة كــل منهم، وإجراء القسمة بعد ذلك لا يجعل للمتقاسم حقا في الاســتئثار بــثمار الحصة التي خصصت له إلا من وقت حصول القسمة . ولا =

والأصـــل أن يـــتم الاتفاق بين الشركاء علي تنظيم الانتفاع بالمال الشـــائع، وهـــذا الاتفـــاق يعـــد ولا شك خير وسيلة للتوفيق بين حقوق الشـــركاء فـــي الاستعمال والاستغلال كل بنسبة حصته، بل يعد الاتفاق ضرورياً إذا كان هذا الاستعمال أو الاستغلال يقتضي الاستئثار بالشيء أو بجزء منه.

يقـــدح فـــي ذلك ما قضت به المادة٨٤٣ من القانون المدني من اعتبار المتقاسم مالكـــا للحصــــة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع ذلك أن علة تقرير هذا الأثـــر الرجعـــي للقســـمة هو حماية المتقاسم من الحقوق التي يرتبها غيره من الشـــركاء علي المال الشائع أثناء قيام الشيوع بحيث يخلص لكل متقاسم نصيبه المفرز الذي خصص له في القسمة مطهراً من هذه الحقوق ويجب قصر إعمال الأثر الرجعي للقسمة في هذا النطاق واستبعاده في جميع الحالات التي لا يكون الأمر فيها متعلقاً بحماية المتقاسم من تصرفات شركائه الصادرة قبل القسمة.

متـــي كـــان المطعون عليهم قد رفعوا الدعوى بطلب ريع ثلاثة أفدنة شائعة في اثنـــي عشـــر فـــدانا، فان مفاد ذلك أن مطالبتهم انصبت علي ريع حصتهم في مجمـــوع العقار الشائع وذلك أثناء قيام حالة الشيوع وفي حق كل من يثبت أنه كـــان منتفعا بهذه الحصة وبنسبة هذا الانتفاع. (نقض ٢٥/ ١١/ ١٩٦٥ س ١٦ ع ٣ ص ١١٤٦)

متي كان العقار مملوكا لعدة شركاء فليس لأحدهم أن يطالب إلا بنصيبه هو في الأجرة فقط ولا يكون له أن يطالب بكامل الأجرة إلا إذا كان وكيلا عن الباقين، وفـــي هذه الحالة لا يقبل منه القول بصفة إجمالية انه وكيل عن باقي الشركاء، بل ينبغي أن يبين أسماء موكليه ويقدم للمحكمة ما يثبت توكيله عنهم حتى تسير الدعـــوى معلـــوماً فـــيها كل خصومها، ويكون الحكم الذي يصدر حجة لهم أو علـــيهم ٠ وعـــدم اشـــتمال الحكم علي ذلك البيان (بيان أسماء الموكلين ودليل توكيلهم القائم الصالح للإنابة في الخصومة المطروحة) واقتصاره علي رفض الدفـــع بعـــدم الصـــفة بعبارة مبهمة، وعدم ذكره لاسم أحد في ديباجته ولا في مـــنطوقه سوي اسم المستأنف عليه - كل هذا النقص لا يدري معه لمن صدر هـــذا الحكـــم وهذا عيب جوهري مبطل له. (جلسة ١٩٣٤/٦/٧ - الطعن ٧٨ لسنة ٣ ق)

مـــن المقرر في قضاء محكمة النقض أن للمالك علي الشيوع إذا وضـــع يده علي جزء مفرز من العقار يوازي حصته، الحق في حماية وضـــع يده وليس من حق أحد الشركاء أن ينتزع منه هذا القدر بل كل مـــالـــه أن يطلـــب قســـمة العقـــار أو يرجع علي وضع اليد بما يقابل الانـــتفاع[1]. ذلك أن كافة الثمار التي تنتج من المال الشائع أثناء قيام الشـــيوع من حق الشركاء جميعاً بنسبة حصة كل منهم، وللشريك علي الشيوع أن يرجع بريع حصته علي الشركاء الذين يضعون اليد علي ما يزيد علي حصتهم كل بقدر نصيبه في هذه الزيادة[2].

ولا تثور صعوبة إذا كان في إمكان كل شريك أن يستعمل الشيء بطريقة منفردة دون أن يحدث تعارض فيما بينهم أو دون أن يضر ذلك بحقـــوق الآخـــرين[3]. إلا أن هذا فرض نادر وغالباً ما يقتضي الأمر تنظيم الانتفاع بين الشركاء.

---

(١) نقض ١٩٧٤/١٢/٣س ٢٥ ص ١٣٢٤؛ طعن ٢٢٠١ س ٦٠ق، جلسة ١/١٤/ ١٩٩٥.

(٢) نقـــض ١٩٨١/٢/١٨ س ٣٢ ص ٥٥٤؛ طعـــن ٨٣ س ٦٠ق، جلسة ٢/٧/ ١٩٩٤.

للحائـــز علي الشيوع أن يحمي حيازته بدعاوي الحيازة ضد المتعرض له فيها ســـواء كان هذا المتعرض شريكا معه أو تلقي الحيازة من هذا الشريك. (نقض جلسة ١٩٧٨/١/١٠ س ٢٩ ص ١٣٤)

(٣) إذا كان أحد الشركاء علي الشيوع واضعاً يده علي جزء معين تسهيلاً لطريقة الانـــتفاع فهـــو يمتلك في هذا الجزء ما يتناسب مع نصيبه في المجموع ويكون انـــتفاعه بالباقـــي مســـتمداً من حقوق شركائه الآخرين علي أساس التبادل في المنفعة .وليس من حق أحد الشركاء أن ينتزع منه الأرض بحجة أنه معادل له في الحقوق علي الأرض، بل كل ماله - إن لم يعامل هذه المعاملة بالذات أو إذا أراد العدول عنها - أن يطلب قسمة الأرض أو يرجع علي واضع اليد بما يقابل الانـــتفاع. فـــإذا كان الحكم قد أثبت أن وضع اليد بشروطه القانونية كان لأحد الشركاء علي الشيوع فلهذا الشريك، في سبيل حماية يده الفعلية علي العقار من =

(ب) قسمة المهايأة :

نظـــم القانـــون الانتفاع بالمال الشائع في صورة ما يسمي بقسمة المـــنافع أو قسمة المهايأة أو القسمة المؤقتة حيث ترمي الي تمكين كل شريك من الانتفاع بالمال الشائع بنسبة حصته فيه. مؤدي ذلك أن قسمة المنافع نوعان :

الأول : أن يخـــتص كـل شريك بمنفعة جزء من المال المشترك يـــوازي حصـــته فيه متنازلاً لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء.

الثانـــي : أن يتناوب الشركاء الانتفاع بجميع المال المشترك كل منهم لمدة تتناسب مع حصته فيه مهايأة بينهم .

وإذا اتفـــق الشـــركاء علي قسمة المنافع بينهم لمدة معينة لزمتهم القسمة المدة المتفق عليها، وإذا لم يتفقوا علي مدة معينة لزمتهم القسمة لمـــدة ســـنة تتجدد بنفس الشروط لسنة أخري وهكذا، ما لم يطلب أحد الشركاء إنهائها قبل انقضاء السنة الأخيرة بثلاثة اشهر علي الأقل[1].

تعـــرض المشتري من أحد شركائه، أن يرفع دعوي وضع اليد ضد المتعرض، والمشـــتري وشأنه في اتخاذ ما يراه كفيلاً بالمحافظة علي حقوقه. (الطعن ٤٦ لسنة ١٢ ق - جلسة ١٩٤٣/٢/٢٥)

(١) مـــن المقرر بنص المادة ٨٤٦ من القانون المدني أنه "في قسمة المهايأة يتفق الشـــركاء علي أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته في المال الشـــائع متـــنازلاً لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء. ولا يصح هـــذا الاتفـــاق لمـــدة تزيد علي خمس سنين فإذا لم تشترط مدة، أو انتهت المدة المـــتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد كانت مدتها سنة واحدة تتجدد إذا لم يعلن الشـــريك الـــي شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر انه لا يرغب في الـــتجديد ..." وكان مؤدي هذا النص ان قسمة المهايأة تقوم علي انفراد الشريك بمنفعة جزء مفرز من المال الشائع في مقابل تنازله عن الانتفاع بباقي الأجزاء طول مدة سريان المهايأة . (الطعن ٢٣٤٥ لسنة ٥٢ ق، جلسة ١٩٨٧/١/٦)

مقتضـــي المـــادة ٨٤٧ مـــن القانون المدني هو أن قسمة المهاياة الزمنية للمال الشائع لا تنهي حالة الشيوع بين الشركاء فيه ولا تعدو الغاية منها تنظيم علاقة هـؤلاء الشركاء لاقتسام منفعة ذلك المال بأن يتناوبوا الانتفاع به كل منهم مدة مناسـبة لحصـته فـيه بما يعني مقايضة انتفاع بانتفاع كما هو الحال في عقد الإيجـار. وإذ تقضـي المـادة ٨٤٨ التالية للمادة السالفة الذكر بخضوع قسمة المهايـأة مـن حـيث حقوق والتزامات المتقاسمين لأحكام عقد الإيجار إلا فيما يـتعارض مـع طبيعة هذه القسمة، فإن مؤدي هذين النصين ان يلتزم الشريك المهايىء كما يلتزم المستأجر طبقاً لنصوص القانون المدني في الإيجار بأن يرد العـين المشتركة لشركائه فيها بعد انتهاء نوبته في الانتفاع بها وإلا كان غاصباً ويلزم بتعويض هؤلاء الشركاء عما يصيبهم من ضرر. (نقض ١٩٦٩/٢/١١ س ٢٠ ص ٢٩٨)

الـنص فـي الفقـرة الأولـى من المادة ٨٤٦ من القانون المدني يدل علي أن للشـركاء علـي الشـيوع في الملكية أن يتفقوا علي قسمة المهايأة لمدة معينة فيقتسـمون المال بينهم قسمة منفعة لا قسمة ملك فيختص كل منهم بجزء مفرز يعـادل حصـته فـي المال الشائع فيستقل بإدارته واستغلاله والانتفاع به سواء بنفسـه أو بواسـطة غيـره دون باقي الشركاء. ذلك ان الشريك بمقتضى هذه المهايأة يحصل علي نصيب باقي الشركاء في منفعة الجزء الذي اختص به في مقابـل حصـول الشركاء علي نصيبه هو في منفعة الأجزاء المفرزة الأخرى ويعتبـر الشـريك مؤجراً للمنفعة حصته ومستأجراً لمنفعة حصص الباقي من الشـركاء وتطـبق القـواعد الخاصة بالإيجار - فيما يتعلق بحقوقه والتزاماته وجـواز الاحـتجاج بالقسـمة علي الغير، ويكون له تأجير الجزء المفرز الذي اخـتص بـه إيجاراً نافذاً في حق باقي الشركاء الذين يمتنع عليهم ممارسة هذا الحـق لالتزامهم بضمان عدم التعرض ولو كانوا أصحاب أغلبية الحصص في ملكـية المال الشائع وتكون الإجارة الصادرة منهم للغير غير نافذة في مواجهة الشـريك صاحب الحق في استغلال وإدارة هذا الجزء، ويحق لهذا الشريك ان يحـتج بهذه القسمة قبل الغير الذي استأجر من باقي الشركاء بعد القسمة ولو لم يكـن عقد القسمة مشهراً إذ يعتبر الشريك في حكم المستأجر لهذا الجزء وطبقاً للقـواعد الخاصـة بعقـد الإيجار فانه لا يلزم شهره للاحتجاج به علي الغير. (الطعن ١٠٣٠ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٩/١٢/٦)

مـؤدي ذلـك أن قسمة المنافع نوعان : مكانية حيث يختص كل شـريك بمـنفعة جـزء مفرز من المال يوازي حصته، وزمانية حيث يتـناوب الشركاء الانتفاع بجميع المال الشائع كل منهم لمدة تتناسب مع حصته[١].

والأصـل أن تتم قسمة المهايأة بالاتفاق بين الأطراف، وفي حالة تعـذر الاتفاق يمكن الالتجاء إلى القضاء لإجرائها . فمن المقرر انه إذا لم تطلب القسمة النهائية، ورغب أحد الشركاء في قسمة المال المشترك قسـمة انـتفاع مؤقتة وتعذر رضاء باقي الشركاء كان له أن يلجأ إلي القضاء لإجرائها بإحدى الطريقتين : مهايأة مكانية أو زمانية[٢].

---

(١) إن مقتضـي الاسـتغلال علـي أساس المهايأة الزمنية أن يستغل الشريك حقه بالأصـالة، ولا يكون نائباً عن شريكه إلا في وضع اليد المادي علي العين مدة الاستغلال. وهذا لا تأثير له في حقوق الانتفاع ذاتها، فلا يكون الشريك المنتفع ملـزماً بتعويض ما للشريك الآخر علي أساس أنه كان مغتصباً نصيبه أو مانعا إياه من الانتفاع به. (الطعن ٤١ لسنة ١٢ ق، جلسة ١٩٤٣/١/٢١)

لكـل مالك علي الشيوع حق الملكية في كل ذرة من العقار المشاع فلا يستطيع الشـريك الآخـر إخراجه منه. والشركاء في هذا سواء، فلا تفضيل لواحد علي واحـد إلا بـناء علـي حق آخر غير الملكية الذائعة كالإجارة مثلاً. فإذا أجر الشـريك حصـته ووضع المستأجر يده علي جزء من الأرض المشاعة معادل لها، فلا يقبل من الشريك الآخر أن يدعي حصول تعرض له في وضع يده من المسـتأجر، أو أن يطلـب استرداد حيازته منه فان النزاع في هذه الصورة لا يكون إلا علي طريقة الانتفاع، وهذا محله دعوي محاسبة أو قسمة. (الطعن ٢٨ لسنة ٩ ق - جلسة ١٩٤٠/٣/٧)

(٢) والجدير بالذكر أن قسمة المهايأة لا تعد قسمة نهائية حيث تقرر محكمة النقض بأنه إذا كان التسليم الفعلي للحصة الشائعة لصاحبها - وعلي ما جري به قضاء هـذه المحكمة - يتم بوضعها تحت تصرفه بحيث يتمكن من حيازتها والانتفاع بهـا، وهو ما لا تنتهي به حالة الشيوع ولا يعتبر قسمة للمال الشائع، فإن الحكم المطعـون فـيه إذ رفض طلب الطاعن تسليمه القدر المقضي بأحقيته في أخذه بالشـفعة شائعاً لمجرد القول بأن ذلك يترتب عليه إفراز جزء من المال الشائع =

ونظـــراً لأن قســـمة المهايـــأة تعد عملاً من أعمال الإدارة فإنها تخضـــع مـــن حـــيث جواز الاحتجاج بها علي الغير ومن حيث أهلية المتقاســـمين وحقـــوقهم والتزاماتهم وطرق الإثبات لأحكام عقد الإيجار مادامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة .

(ج) غياب أحد الشركاء :

لا ينتفع الشريك الحاضر بحصة شريكه الغائب إلا بإذنه، وينفذ ما اتفقـــوا عليه . فإذا انتفع الشريك بحصة شريكه بدون إذنه لزمته أجرة مثل المنفعة.

وإذا كان الانتفاع بالمال المشترك مما يختلف باختلاف المنتفع أو كـــان ينقص من المال المشترك أو يضر به، ضمن المنتفع لشريكه ما حصل من نقص أو ضرر بسبب انتفاعه.

يكـــون قد أخطأ في تطبيق القانون. (الطعن ٤٨٢ لسنة٥٣ ق - جلسة ٦/١٢/ ١٩٨٦)

المبحث الثالث

إدارة المال الشائع

الأصل أن يتفق الشركاء فيما بينهم علي إدارة المال الشائع وحسن استغلاله[1]، وتلك هي الصورة المثلي للوصول إلي أفضل النتائج وتجنب المنازعات فيما بينهم، إلا أن تلك الصورة لا تتحقق دائما، فكثيراً ما يدب الخلاف بين الملاك علي الشيوع حول أسلوب إدارة المال مما يؤدي إلي تعطل استغلاله .

لذا كان من الضروري أن يواجه المشرع هذا الفرض ويجعل قرار الأغلبية كافياً علي الأقل بالنسبة لأعمال الإدارة المعتادة، واستلزم أغلبية ثلاثة أرباع المال فيما يتعلق بأعمال الإدارة غير المعتادة، كما نظم نوعاً من الرقابة القضائية علي أعمال الإدارة في حالة شكوي أي من الشركاء.

---

(١) الأصل أن للمالك علي الشيوع إذا وضع يده علي جزء مفرز من العقار يوازي حصته، الحق في حماية وضع يده وليس من حق أحد الشركاء ان ينتزع منه هذا القدر، إلا انه إذا اتفق الشركاء علي تنظيم معين لإدارة المال الشائع أو جزء منه كان هذا التنظيم هو الواجب الاتباع سواء تعلق بأعمال الإدارة المعتادة أو غير المعتادة، وإذ أعمل الحكم المطعون فيه الاتفاق المبرم بين الأطراف بشأن كيفية استغلال العين محل النزاع التي تمثل إحدى وحدات العقار الشائع بينهم فانه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون ويكون النعي عليه بهذا السبب علي غير أساس .الطعن ٥٢٣ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٨/٦/١٦.

أعمال إدارة المال الشائع التى يوافق على إجراءها الشركاء مجتمعين. ملزمة لهم ولو كانت تخرج عن حدود الإدارة المعتادة. (الطعن رقم ٢٣٩١ لسنة ٥٩ ق، جلسة ١٩٩٤/٢/٣)

(أ) تولي الأغلبية أعمال الإدارة المعتادة :

إن أعمـــال الإدارة هي ما تعلق بصيانة المال وحفظه واستغلاله، ويؤخذ فيها برأي أغلبية الشركاء إذا كانت من الأعمال المعتادة وتحسب الأغلبية علي أساس الأنصباء لا علي أساس عدد الشركاء .

لأغلبـــية الشركاء اختيار مدير للمال المشترك من بين الشركاء أو من غيرهم، ولها أن تضع شروطاً لحسن الانتفاع بالمال واستغلاله[1]، ويسري النظام الذي تضعه الأغلبية علي الشركاء وخلفهم.

يتضـــح مـــن ذلـــك ثبوت سلطة الأغلبية المطلقة في إدارة المال الشـــائع، وإن كانت القاعدة العامة التي تطبق في هذا المجال أن إدارة المال المشترك حق للشركاء كلهم مجتمعين، لا ينفرد أحد منهم بها، هذا ما لم يوجد اتفاق بين الشركاء علي أن ينفرد أحدهم أو بعضهم أو الغير في إدارة المال المشترك فيطبق ما اتفقوا عليه .

وفـــي حالـــة تعذر وجود مثل هذا الاتفاق بين الشركاء فإنه يكفي قـــرار الأغلبية للقيام بأعمال الإدارة المعتادة، وتتمثل في صيانة وحفظ

---

(١) الأصـــل فـــي إدارة المال الشائع – وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة أن تكون للشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك . فإذا تولي أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلاً عنهم . الطعن رقم ٩٠٦ س ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/١٠/٣١

إذا تعلـــق الأمـــر بأعمـــال الإدارة المعتادة كإيجار المال الشائع، فانه إذا اتفقت الأغلبـــية علـــي اختـــيار مدير من بين الشركاء أو من غيرهم كان هو صاحب الشـــأن فـــي الإدارة، أما إذا لم يختاروا مديرا وتولي أحد الشركاء الإدارة دون اعتـــراض مـــن الباقـــين عـــد وكيلا عنهم، مما مؤداه انه إذا تعدد ملاك العين المؤجرة فانه يمكن لمن يملك منهم أغلبية الأنصباء فيها أن يطلب إنهاء الإيجار بوصفه من أعمال الإدارة. (نقض جلسة ١٩٧٩/٥/١٢ س ٣٠ ع ٢ ص ٣٣٢)

واستغلال المال المشترك وذلك كتأجيره[1] وزراعة الأرض وجني المحصول إلي غير ذلك.

ونظراً لأن أعمال الإدارة هي في صالح المال المشترك وبالتالي في صالح الشركاء لأنها تتعلق بصيانة المال وحفظه واستغلاله فإنه يكفي فيها رأي الأغلبية علي أساس الأنصباء لا علي أساس عدد الشركاء، ويمكن أن تكون الأغلبية شخصاً واحداً إذا كانت حصته تزيد علي نصف المال الشائع[2].

وللأغلبية أن تدير المال بنفسها أو أن تختار مديراً لإدارته من بين الشركاء أو من غيرهم، ويكون هذا المدير نائباً عن الأغلبية في الإدارة[3]، وينفذ ما يتخذه من أعمال في مواجهة جميع الشركاء .

---

(١) لما كانت الفقرة الثانية من المادة ٧٠١ من القانون المدني قد نصت علي أن الإيجار يعد من أعمال الإدارة ومن ثم فإيجار المال الشائع يدخل في سلطة متولي إدارته من الشركاء ويدخل في سلطته تبعاً لذلك حق التقاضي فيما ينشأ عن هذا الإيجار من منازعات فيصح أن يكون مدعياً أو مدعياً عليه فيها . (نقض ١٩٨٣/٤/١١ س ٣٤ ص ٩٣٤)

(٢) م ٨٢٨ مدني.

(٣) إن الشيوع في الأعيان المتخلفة عن المورث لا يقتضي الشيوع فيما يشتريه مدير التركة باسمه إلا إذا قام الدليل علي ان الشركاء في الملك اتفقوا صراحة أو ضمنا علي أن تشمل الروكبة ما يستجد من الأموال التي يقتنيها مدير أعيان التركة ولو كان شراؤها باسمه خاصة فإذا كان الحكم بعد أن بين وقائع الدعوى تفصيلا وناقش الأدلة التي قدمت فيها قد انتهي من تمحيصها إلي نفي حصول اتفاق صريح أو ضمني علي قيام الروكبة فيما استجد من الأموال التي اشتراها مدير التركة باسمه، فذلك أمر موضوعي لا شأن لمحكمة النقض به مادام مقاماً علي أدلة مسوغة له. (الطعن ٢٠٧ لسنة ١٩ ق - جلسة ١٩٥٢/١/٣)

وللأغلبـــية كـــذلك أن تضع نظاماً للإدارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع يسري علي جميع الشركاء وخلفهم جميعاً سواء أكان الخلف عاماً أم كان خاصاً.

(ب) عدم توافر أغلبية من الشركاء لإدارة المال الشائع :

إذا اخـــتلف علـــي إدارة المال المشترك، ولم تتحقق الأغلبية في أحوال الإدارة المعتادة، كان لكل واحد من الشركاء أن يلجأ إلى القضاء ليأمـــر بما يراه صالحاً أو بتعيين مدير للمال المشترك إذا دعت الحاجة إلى ذلك(١).

أي أنه إذا تشعبت الآراء والأغلبية فإن لكل واحد من الشركاء أن يلجـــأ إلـــى القضاء بطلب يعلن لسائر الشركاء ويقوم كل من الشركاء الحاضرين أو من ينوب عنهم بتوضيح وجهة نظره مؤيدة بما يقدمه من أدلـــة ومســـتندات ثم يقول القضاء كلمته بقرار ينص فيه علي ما يراه مناسباً، وللقاضي أن يأمر عند اللزوم بتعيين عدل مديراً للمال المشترك للمصلحة يوافق عليه الشركاء أو يختاره القاضي للمصلحة أيضاً.

علي الشريك الذي يرغب في اللجوء إلي القضاء أن يعلن قراره إلـــي شـــركائه، وإذا كانـــت لـــدي الشركاء قرارات أخري أعلنوا بها وتعرض القرارات المختلفة علي القضاء ليأمر بما يراه مناسباً من بينها مـــع إعطـــاء ضمانات للمخالفين تضمن حقوقهم ويؤخذ في الاعتبار ما اتفقت عليه أغلبية الشركاء أو أكثريتهم وما عرض من ضمانات.

(ج) انفراد أحد الشركاء ببعض الأعمال المعتادة :

رأيـــنا أن القاعدة العامة في إدارة المال الشائع واستغلاله تتطلب اتفـــاق الشـــركاء أو علي الأقل موافقة أغلبيتهم، ومن ثم لا يجوز لأي شـــريك أن يقوم باستغلال الشيء أو إدارته منفرداً، أو حتي بالاستقلال بجزء منه يعادل حصته لأن نصيبه غير محدد مادياً في الشيء، ومن ثم

---

(١) منصور مصطفى منصور، ص ١٣٤.

يعــد تصـــــرفه اعتداء علي حقوق باقي الشركاء يحق لهم الاعتراض عليه[1].

حقــاً أن الشريك يعتبر مالكاً ومن ثم يحق له الانتفاع والتصرف فـــي حصته، إلا أنه مقيد بحالة الشيوع، ومن ثم فإن له القيام بالأعمال التـــي ليس من شأنها أن تلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء. فله مثلا إتـــيان الأعمـــال التي يستطيع جميع الشركاء القيام بها في نفس الوقت كالمرور بالأرض، أو الاستمتاع بالحديقة إلي غير ذلك .

---

(١) المقرر ــ في قضاء هذه المحكمة ــ أن إدارة المال الشائع وفقاً لنص المادتين ٨٢٧، ٨٢٨ مـــن القانون المدني حق للشركاء علي الشيوع مجتمعين، ومع ذلك إذا تولـــي أحدهم الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلاً عنهم، وأن الطعن في المنازعات المتعلقة بتحديد أجرة الأماكن يعتبر من أعمال الإدارة ويحق لأي مـــن الشـــركاء في ملكية العقار القيام به منفرداً، ويعد في هذه الحالة نائباً عن باقـــي الشـــركاء في الطعن، طالما أن أحدا منهم لم يعترض علي هذا الإجراء. (الطعن ٧٩٩ لسنة ٥٩ جلسة ١٩٩٠/٢/١٤)

مـــن المقـــرر أن إدارة المال الشائع حق للشركاء أصحاب الأغلبية في الملكية وذلك وفقاً لنص المادة ٨٢٨ من القانون المدني، ولما كان تأجير المال الشائع وما يترتب عليه من آثار يعد من أعمال الإدارة فانه يكفي في خصومة الطعن المـــتعلق بتحديد الأجرة، أن يختصم المستأجر فيه الشركاء في الملكية أصحاب الأغلبية المؤجرين للعقار. (الطعن ٩٥٦ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٩/١٢/٦)

الـــنص فـــي المادتين ٨٢٨، ٨٢٩ من القانون المدني - يدل علي أنه إذا تعدد ملاك العقار الشائع فانه يحق لمن يملك أغلبية الانصباء فيه - أن يؤجره للغير بوصـــفه من أعمال الإدارة المعتادة . أما إذا كان الأمر يتعلق بإدخال تغييرات أساســـية أو تعـــديل في الغرض الذي أعد له المال بما يخرج عن حدود الإدارة المعـــتادة فانه يحق لمن يملكون ثلاثة أرباع هذا المال اتخاذ القرار المناسب في هـــذا الشأن ويكون قرارهم نافذاً قبل الأقلية. (الطعن ٢٢٩٩ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٩٠/٥/٢٣)

وإذا انفـــرد أحد الشركاء بالقيام بأحد أعمال الإدارة المعتادة، كان ذلك العمل غير نافذ في مواجهة باقي الشركاء، ولهم، أو من يمثل منهم الأغلبية المطلوبة الاعتراض عليه[1].

تطبيق خاص بحق التأجير :

فـــإذا قام أحد الشركاء مثلاً بتأجير العين الشائعة كلها أو بعضها، فان هذا الإيجار لا ينفذ في مواجهة الشركاء الآخرين[2]، ويمكنهم تأجير

---

(١) يجـــوز - تأسيســاً علـــي المادتـــين ٣/٨٢٨ و ٢/٧٠١ من القانون المدني - للشـــريك فـــي علاقـــته بالشريك الآخر الذي تصرف ببيع المحصول الناتج من زراعـــتهما المشتركة أن يثبت في حدود هذه العلاقة صدور هذا التصرف منه بوصفه من أعمال الإدارة وذلك بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن علي أساس ان هـــذا التصـــرف يعتبر بالنسبة له بمثابة واقعة مادية. (نقض جلسة ١١/١٨/ ١٩٦٩ س ٢٠ ص ١٢٠٦)

(٢) إذ كـــان مفـــاد المادتـــين ٨٢٧، ٨٢٨ من القانون المدني ان حق تأجير المال الشائع يثبت للأغلبية المطلقة للشركاء، فمتي صدر الإيجار للعين كلها أو لجزء مفرز منها من أحد الشركاء دون أن تكون له أغلبية الأنصبة، فان الإيجار وان وقـــع صحيحاً ونافذاً فيما بينه وبين المستأجر منه إلا أنه لا يسري في حق باقي الشـــركاء ممـــن لم تصدر منهم الإجارة طالما لم يقرروها صراحة أو ضمناً، اعتباراً بأن الإيجار يقع في جزء منه علي ملك الغير، فيحق لهؤلاء الشركاء أن يطلـــبوا إخـــراج المستأجر من أحدهم من العين كلها ومن أي جزء منها مهما صغر دون انتظار نتيجة القسمة. (نقض ١٩٧٧/١٢/٢١ س ٢٨ ص ١٨٤٦)

مفـــاد المادة ٨٢٨ من القانون المدني أن حق تأجير المال الشائع يثبت للأغلبية المطلقـــة للشـــركاء محســـوبة علي أساس الانصباء، ولايثبت لأحد المشتاعين بمفـــرده طالما أنه لا يملك اكثر من نصف الانصباء، وان الإيجار الصادر من أحـــد الشركاء متي كان لا يملك أكثر من نصف الأنصبة لا يسري في مواجهة باقـــي الشركاء إلا إذا ارتضوه صراحة، وانه يترتب علي عدم سريان الإيجار مـــن أحد المشتاعين في مواجهة الباقين ثبوت الحق لهؤلاء علي اعتبار الإيجار غيـــر قائم بالنسبة لهم، وبالتالي في اعتبار المستأجر متعرضاً لهم فيما يملكون إذا كان قد وضع يده بالفعل علي العين. (نقض ١٩٧٨/٢/١ س ٢٩ ص ٣٧٥)

العين إلي مستأجر آخر وطرد المستأجر الأول الذي يمكنه طلب الفسخ أو بطـــلان العقــد علي أساس الغلط بشرط أن يثبت عدم علمه بملكية العين علي الشيوع واعتقاده بأنها ملك خاص للمؤجر.

وتعبر محكمة النقض عن ذلك بقولها: أن حق تأجير المال الشائع باعتباره من أعمال الإدارة كما يكون للشركاء مجتمعين يصح أن يكون لأصـــحاب الأغلبـــية وتعتبر الأغلبية في هذه الحالة نائبة عن أصحاب الأقلـــية نيابة قانونية في المال الشائع ولكن لا تنفذ هذه الإجارة في حق الأقلية إلا لمدة ثلاث سنوات، فإذا عقدت الأغلبية إجارة لمدة تجاوز ذلك كان للأقلية أن تطالب بإنقاص المدة بالنسبة إليها إلي هذا الحد، إذ تعتبر الأغلبـــية فـــيما جـــاوز أعمال الإدارة المصرح لها بأدائها متعدية علي حقـــوق الأقلية التي يحق لها إزاء ذلك المطالبة بتعويض الضرر الناجم عـــن هـــذا التعدي وذلك بطريق التنفيذ العيني ما دام ممكنا بإنهاء عقد الإيجار المنصب علي نصيبهم بعد انتهاء مدة السنوات الثلاث آنفة الذكر دون ان يغيـــر من ذلك حسن نية المستأجر باعتقاده أن المؤجر له هو صـــاحب الحق في تأجير العين مادام أنه لم يقع من صاحب الأغلبية ما يضـــفي علي ذلك المؤجر من المظاهر ما يوحي إلي المستأجر بأنه هو صاحب الحق في التأجير إذ بوقوع ذلك من صاحب الأقلية يكون مخطئا فلا يحق له الإفادة من خطئه في مواجهة المستأجر[1].

(د) الوكالة الضمنية عن باقي الشركاء :

يمكـــن أن يتولي أحد الشركاء إدارة المال الشائع من تلقاء نفسه دون أن يعتـــرض باقـــي الشركاء، هنا يعد وكيلاً عن الشركاء وتسري تصرفاته في حقهم[2]. ويحدث ذلك غالباً في حالة الميراث حيث يتولي

---

(١) نقض ١٩٨٠/٥/٣١ س ٣١ ص ١٦٢٨.

(٢) م ٨٢٨ /٣ من القانون المدني.

الأخ الأكبر غالباً إدارة التركة لصالح الورثة دون اعتراض منهم تستند الإدارة فـــي هذا الفرض إلي الوكالة الضمنية عن باقي الشركاء، وتنفذ أعمال الإدارة المعتادة في مواجهتهم.

فـــإذا اعتـــرض الشركاء علي إدارة الشريك كان هذا الاعتراض عـــزلا له عن وكالته الضمنية بشرط أن يصدر الاعتراض عن غالبية الشركاء أي ممن يملك أكثر من نصف المال الشائع .

لمـــا كانت المادة ٣/٨٢٨ من القانون المدني تقضي بأنه إذا تولي أحد الشركاء إدارة المـــال الشـــائع دون اعتـــراض من الباقين عد وكيلاً عنهم، فأن مفاد هذا الـــنص أن تعتبر هناك وكالة ضمنية قد صدرت إلى الشريك الذي تطوع لإدارة المـــال الشائع من باقي الشركاء. ويعد هذا الشريك أصيلا عن نفسه ووكيلا عن باقي الشركاء في إدارة المال الشائع إدارة معتادة فتنفذ الأعمال التي تصدر منه في حق الشركاء الباقين سواء ما كان منها عملا مادياً أو تصرفاً قانونياً تقتضيه الإدارة مما يعتبر معه هذا الشريك في مفهوم المادة ٢/٧٠١ من القانون المدني وكيلا عن باقي الشركاء وكالة عامة بالإدارة وهي تشمل بيع الشريك للمحصول الـــناتج مـــن الأرض الزراعية المشتركة وقبض الثمن بوصفه تصرفاً تقتضيه الإدارة. (نقـــض ١٩٦٩/١١/١٨ س ٢٠ ص ١٢٠٦، نقض ١٩٧٢/٤/١١ س ٢٣ ص ٦٨٦)

إذا كـــان الأصـــل في الملكية الشائعة انه إذا أقام أحد الشركاء مشروعاً أو بناء علـــي جزء مفرز من ارض شائعة - بعلم باقي الشركاء ودون اعتراض منهم اعتبر وكيلا عنهم في ذلك وعد سكوتهم إقرار لعمله، ويكون المنشأ ملكاً شائعا بيـــنهم جميعاً ويتحمل كل منهم في تكاليفه بنسبة حصته في الأرض ما لم يتفق علي غير ذلك. (الطعن ١٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٠/٥/٨)

لمـــا كان الأصل في الملكية الشائعة وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة انه إذا أقـــام أحـــد الشـــركاء بناء علي الأرض الشائعة يعلم باقي الشركاء أو دون اعتـــراض أحد منهم اعتبر وكيلا عنهم وعُد سكوتهم إقرارًا لعمله ويكون البناء ملكـــاً شـــائعاً بينهم جميعاً ولو لم يفوا في حينه بما عليهم من نفقات فذلك حق شخصي للباني يسترده مع الفائدة من وقت الاتفاق وفقا لما يخضع له من أحكام الوكالة. (الطعن ٢١٤٨ لسنة ٥٨ ق - جلسة ١٩٩١/٤/٣٠)

(هـ) القيام بما يلزم لصيانة وإعمار وحفظ المال الشائع :

لكل شريك الحق في أن يقوم بالأعمال اللازمة لصيانة المال المشترك وإعماره وحفظه، وليس له الرجوع علي باقي الشركاء إلا إذا حصل علي موافقتهم أو حصل علي إذن من القضاء مقدماً بإجراء الأعمال اللازمة أو كان العمل ضرورياً لا يحتمل التأخير أو ما جري به العرف .

مؤدي ذلك أحقية كل شريك منفرداً في القيام بأعمال الصيانة اللازمة للمال المشترك . ويقوم بتلك الأعمال، إذا كانت غير ضرورية، علي نفقته الخاصة إذا لم يرجع إلى باقي الشركاء لاستشارتهم فيما يجب عمله وليس له الرجوع عليهم بشيء مما أنفقه[1]. إلا أن هناك حالات معينة يكون للشريك الذي قام بأعمال الصيانة الرجوع فيها علي الشركاء كل بنصيبه في النفقة وهي:

---

(١) لئن كان من الأصول المقررة وفقاً لنص المادتين ٨٣٠، ٨٣١ من القانون المدني أن للشريك في الشيوع منفرداً ودون حاجة إلى موافقة باقي الشركاء القيام بأعمال حفظ المال الشائع يستوي في ذلك أن تكون من الأعمال المادية أو من التصرفات القانونية، ويلتزم جميع الشركاء في ملكية المال الشائع بنفقات هذه الأعمال وتنقسم عليهم كل بقدر حصته في الملكية، إلا أنه إذا كان أحد الشركاء مستأثراً بالانتفاع بالعقار المملوك علي الشيوع فأصاب العقار التلف لسبب مرده خطأ هذا الشريك فان مسئوليته عن تعويض ما حاق الشركاء الآخرين من ضرر تكون متحققة علي أساس من قواعد المسئولية العقدية إن كان انتفاعه بالعقار محكوماً باتفاق انعقد بينه وبين سائر الشركاء أو علي سند من المسئولية التقصيرية إن انتفي قيام العقد، والتعويض إما أن يكون عينياً وهو الأصل ويصار إلى عوضه أي التعويض النقدي ان تعذر التعويض عيناً، فان أصلح الشريك الذي وقع منه الخطأ ما أصاب العقار من تلف فان ذلك لا يعتبر عملاً من أعمال حفظ المال الشائع بل هو رفع الضرر عيناً عن المضرورين فلا يجوز له الرجوع بنفقات الإصلاح في هذه الحالة علي الشركاء في الملكية الشائعة. (الطعن ١١٠ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٥/ ١٢/ ١٩٨٨)

١- حالة ما إذا حصل علي موافقة الشركاء كلهم أو بعضهم فيكون له الرجوع علي من وافق بحصته .

٢- حالة ما إذا لجأ إلى القضاء فأذن له بالقيام بالإصلاحات .

٣- حالـة ما إذا كان العمل ضرورياً لا يحتمل التأخير كأن يكون في تأخيره ضرر كبير يحل بالمال المشترك وما جري به عرف[١].

(و) أعمال الإدارة غير المعتادة :

للشـركاء الذين يملكون علي الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، أن يقـرروا فـي سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والـتعديل في الغرض الذي أعد له ما يخرج عن الإدارة المعتادة، علي أن يعلـنوا قـراراتهم إلى باقي الشركاء . ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان .

وللمحكمة عند الرجوع إليها إذا وافقت علي قرار تلك الأغلبية، أن تقـرر ما تراه مناسباً من التدابير . ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالـف مـن الشـركاء كفالـة تضـمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات[٢].

---

(١) تنص المادة ٨٣٠ مدني علي أنه لكل شريك في الشيوع الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء، ولو كان بغير موافقة باقي الشركاء .

حسن كيره، ص ١٦٥.

(٢) إن مـا تجريه الأغلبية من تغيير أو تعديل يدخل فيما تملك من أعمال الإدارة غيـر المعـتادة وينفذ في حق الأقلية ما لم تقرها المحكمة المختصة علي ما قد تثير من اعتراض. (نقض ١٩٧٨/١٢/١٣ س ٢٩ ص ١٩١٢)

أن مـا تباشـره الأغلبـية فـي المال الشائع من تغييرات أساسية، وتعديل في الغرض يخرجه من أعمال الإدارة المعتادة، إنما تباشره أصيلة عن نفسها ونائبة عن غيرها من الشركاء فان هي شيدت من مالها علي العقار الشائع بناء ملكت الأقلـية فيه وفيما يغل منذ إنشائه ولو لم تف في حينه بما عليها من نفقاته فذلك حق شخصي للأغلبية تسترده مع الفائدة من وقت الاتفاق وفقاً لما يخضع له من =

انفـــراد أحد الشركاء بأعمال الإدارة غير المعتادة: إذا انفرد أحد الشـــركاء بالقيام بعمل مماثل، كان لباقي الشركاء حق الاعتراض عليه، ولا يعتد بهذا العمل في مواجهتهم[1].

بناء الشريك علي الشيوع : إن لكل من الشركاء علي الشيوع حق ملكـــية حقيقية في حصته الشائعة، وأنه إذا تمكن أحدهم من البناء علي جزء من العقار الشائع، فانه لا يعد بانياً في ملك غيره، وكل ما للشريك

أحكـــام الوكالة ولا ينشا علي وجه التقابل أو التبادل مع حق الأقلية المدنية في الـــتملك وثمـــاره فالحقان يختلفان مصدراً وأثراً ولا يرتبطان بما يجعل أحدهما يـــزول بقيام الآخر أو يقوم بزواله، وقد تسوغ المقاصة بشروطها بين ما للأقلية مـــع ريع وما عليها من دين الانفاق وفائدته. (نقض ١٣/ ١٢ / ١٩٧٨ س ٢٩ ص ١٩١٢)

المالك لحصة مقدارها ثلاثة أرباع الأرض الشائعة، له الحق في إدخال تغييرات أساســـية في الغرض الذي أعدت له هذه الأرض في سبيل تحسين الانتفاع بها وفقاً لأحكام المادة ٨٢٩ من القانون المدني، ويكون البناء الذي يقيمه علي نفقته لتحقـــيق هـــذا الغرض داخلاً في حدود حقه في إدارة المال الشائع، وهو يباشر هذا الحق بوصفه أصيلا عن نفسه ونائباً عن مالك الربع الباقي، وتكون أجازته نافذة في حق هذا المالك كما يكون له الحق في قبض الأجرة واقتضاء التعويض الناشـــئ عـــن تلف البناء لحساب جميع الشركاء. (نقض ١٩٧١/٣/٢٨ س ٢٢ ص ٣٢٢)

(١) تنص الفقرة الأولى من المادة ٨٢٩ من القانون المدني علي ان للشركاء الذين يـــتملكون علـــي الأقـــل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي أعد له ما يخـــرج عـــن حدود الإدارة المعتادة علي أن يعلنوا قراراتهم إلى باقي الشركاء ولمـــن خالـــف مـــن هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعـــلان ويعد من قبيل الأعمال التي تخرج عن حدود الإدارة المعتادة بناء أحد الشـــركاء فـــي جـــزء مفرز من العقار الشائع قبل قسمته فإذا لم توافق اغلبيه الشـــركاء علي ذلك جاز إجبارا لشريك الباقي علي إزالة البناء. (الطعن ١٧٨٤ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٩٠/١/٣١)

الآخر أن يطالب من أقام البناء بقسمة العقار المملوك لهما علي الشيوع، ثـم يـرتب حقه علي ما يظهر من نتيجة القسمة، إلا أن مناط ذلك أن يكـون القدر الذي بني عليه معادلا لنصيبه فيه، فادا جاوزه، اعتبر بانيا في ملك غيره بالنسبة لما أقامه علي ما يجاوز حصته فيه[١].

الشريك الذي يقيم بناء علي العين المشتركة لا يعتبر من الغير فإذا ما طلب الشريك الآخر بملكيته لحصة في هذا البناء وجب أن يكون ذلك في مقابل ما يناسبها في تكاليف البناء الفعلية وقت إقامته، إذ أن مطالبته هـذه تفيد أنه اعتمد فعل شريكه، ومن ثم يكون الشريك الباني في هذه الحالة معتبرا في حكم الوكيل[٢].

إقامـة أحد الشركاء بناء علي الأرض الشائعة بعلم باقى الشركاء ودون اعتراض منهم. اعتباره وكيلاً عنهم. أثره. شيوع ملكية بينهم ولو لـم يفوا بما عليهم من نفقات. للباني الحق فى استردادها والفائدة طبقا لأحكـام الـوكالة أو أعمال المقاصة القانونية بين ما لهم من ربح وما عليهم من نفقات[٣].

---

(١) إذا كـان الثابت من الأوراق أن الطاعن شريك علي الشيوع في أرض النزاع مع المطعون عليها ويحق النصف لكل منهما، وأنه لم يقم البناء علي حصته من العقـار تعـادل نصـيبه فـيه، بـل أقام البناء علي كامل الأرض المملوكة له والمطعـون علـيها مـع علمه بذلك ورغم إنذارها له وطلبها منه وقف البناء لإقامـته علي الأرض المملوكة لها، ولم يأخذ المطعون فيه بشهادة شاهديه من أنـه قـام البـناء بموافقة المطعون عليها، فإن ما انتهي إليه الحكم من اعتبار الطـاعن بانياً سيئ النية علي أرض المطعون عليها وأنه يحق لها وطبقا للمادة ٩٢٤ مـن القانـون المدنـي استبقاء نصف البناء علي أن تدفع قيمته مستحق الإزالة إعمالا لإحكام الالتصاق، لا يكون مخالفاً للقانون. (نقض ١٩٨١/٣/٢٤ س ٣٢ ص ٩٢٧)

(٢) الطعن ٩٧ لسنة ١٧ ق - جلسة ١٩٤٨/١٢/٣٠.

(٣) الطعن رقم ٨٣ لسنة ٦٠ق، جلسة ١٩٩٤/١٢/٧.

إعادة البناء بعد تهدمه : إذا تهدم البناء المملوك علي الشيوع، ولم يتم الاتفاق بين الشركاء، فإنه يتم اتباع القواعد الآتية :

١- فــإذا كانــت الأرض المقام عليها البناء مما يقبل القسمة بلا ضـــرر، فلا يلزم الشركاء إعادة البناء عليها معاً إلا باتفاقهم جميعاً، إذ يكون لرافض البناء حق طلبة قسمة الأرض.

٢- وإن كانــت الأرض ممـــا لا يقــبل القســـمة بلا ضرر فإن الضـــرورات تبــيح المحظورات، ومن ثم يلزم الشركاء جميعاً إعادة البناء للانتفاع بالأرض والبناء معاً، فإن تمرد شريك أو كان غائباً يلجأ الساخرون أو أحدهم للقضاء ليأمر بإعادة البناء علي نفقة الشركاء جميعاً بعد التحقق من أن الأرض لا تقبل القسمة بلا ضرر، ويحرم المتمرد أو الغائـــب من الانتفاع بالبناء حتي يؤدي حصته من المصاريف والنفقات نقــداً، أو مـــن حصـــته في استغلال البناء، ما يكون لشريكه أن ينتفع بالحصة المذكورة حتي يستوفي ما غرم[١] .

٣- وإذا أعـــاد أحد الشركاء البناء علي نفقته بدون رضاء شريكه أو إذن القضـــاء، فـــلا رجوع له بشيء، ولا يحرم شريكه من الانتفاع بحصته .

(ي) الاشتراك في نفقات الحفظ والإدارة :

إن نفقـــات إدارة المـــال الشـــائع وحفظـــه والضرائب والرسوم المفروضـــة عليه، وكل التكاليف المقررة علي المال الشائع، وما يترتب علـــي الشـــيوع من نفقات يتحملها الشركاء جميعاً كل بقدر نصيبه في المال ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك[٢]. ولكل من الشركاء

---

(١) السنهوري، ص ٨٣٤.

(٢) م ٨٣١ مدني.

فـــي المال المشترك ولمديره طبقاً للأحكام المنصوص عليها في القانون أداؤها والرجوع بها علي الشركاء كل بقدر حصته .

يتضـــمن الـــنص حكمـــاً منطقياً مقتضاه أن كل شريك يتحمل ما يعـــادل حصته من نفقات إدارة المال وحفظه وسائر الأعباء المفروضة عليه وكذا ما يترتب علي الشيوع من نفقات كمصاريف إخطار الشريك الغائب، والمصاريف القضائية عند الخلاف في شأن من شؤون الإدارة. وذلك سواء أتم إنفاقها باتفاق الشركاء أو بناء علي قرار الأغلبية أو من المدير الذي اختارته الأغلبية أو عينته المحكمة .

يجـــوز لأي شريك أن يتخلص من النفقات المفروضة عليه وذلك بالتخلـــي عن حصته في المال الشائع، وتصبح هذه الحصة ملكاً لباقي الشـــركاء بنسبة حصة كل منهم في المال الشائع، ويتحمل هؤلاء نفقات الحفظ والإدارة كل بقدر حصته .

S. Ciamonti, les biens, Lgdj, 2000. n. 365.

المبحث الرابع
التصرف في المال الشائع

يستطيع الشركاء مجتمعون التصرف في المال الشائع، ويجيز القانون - علي سبيل الاستثناء - لمن يملكون ثلاثة أرباع المال أن يتصرفوا فيه. ومن المتصور أيضاً أن يقوم أحد الشركاء بالتصرف في حصته شائعة أو مفرزة أو في المال الشائع كله فما حكم التصرف في كل هذه الحالات ؟

المطلب الأول
تصرف الشركاء في المال الشائع

(أ) التصرف الصادر من جميع الشركاء :

يستطيع الشركاء مجتمعون التصرف في المال الشائع كله أو جزء منه مفرزاً أو علي الشيوع. ويكون التصرف صحيحاً ونافذاً في حق الجميع. فإذا كان التصرف ناقلاً للملكية في المال كله، كالبيع مثلاً، ترتب عليه خروج المال الشائع من ذمة الشركاء، وتنتهي بذلك حالة الشيوع بينهم، إذ أننا بصدد تصرف صادر من ملاك المال الذين لهم عليه سلطة التصرف التي لكل مالك علي ما يملكه.

وإذا كان التصرف في جزء من المال الشائع مفرزاً، خرج الجزء الذي تم فيه التصرف من الشيوع[1] واقتصر الشيوع بين الشركاء علي الجزء الباقي. أما إذا ورد التصرف علي حصة شائعة في المال الشائع، فإن ذلك يؤدي إلي زيادة عدد الشركاء علي الشيوع ويترتب علي ذلك تعديل حصص الشركاء. وقد يكون التصرف الصادر من جميع الشركاء

---

(١) تسجيل البيع الصادر من جميع الشركاء المشتاعين لجزء مفرز من العقار الشائع يترتب عليه نقل ملكية الجزء المبيع مفرزاً إلي المشتري ولا يتوقف علي إبرام عقد آخر بقسمة العقار أو بإفراز القدر المبيع. (الطعن ٥١٢، ٥٣١ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٧/٦/٣٠)

غيــر ناقــل للملكية، بل يتمثل في ترتيب حق عيني أصلي علي المال الشـــائع كإنشـــاء حق انتفاع أو حق ارتفاق لمصلحة عقار مجاور، أو ترتيب حق عيني تبعي كالرهن.

لا شــك أن مــثل هذا التصرف صحيح ونافذ في مواجهة الجميع طالمـــا بقي الشيوع قائماً، إلا أن الصعوبة تثور في حالة القسمة حيث يــثور التساؤل حول مصير حق الانتفاع أو الارتفاع أو الرهن إذا وقع الجــزء المحمل بأي من هذه الحقوق في نصيب أحد الشركاء أو إذا آل كل المال الشائع إلي أحد الشركاء في مقابل مبالغ نقدية يدفعها إلي بقية الشركاء مقابل حصصهم فيه .

يري البعض أن الأثر الرجعي أو الكاشف للقسمة يؤدي إلى اعتبار الشـــريك المتقاسم مالكاً للحصة المعينة التي آلت إليه بالقسمة منذ نشوء الملــك علي الشيوع أي أن الحصة أو المال يعتبر مملوكاً للشريك منذ بدء الشيوع وبمقتضي السبب القانوني المنشيء له، ومن ثم يكون الحق العيني (الرهن أو الارتفاق أو الانتفاع) الذي رتبه الشركاء علي الشيوع واقعاً علي ملك الغير فيما زاد علي حصة الشريك المتقاسم، ولا يسري الرهن مثلاً علي الشريك الذي وقع العقار المرهون في نصيبه.

ويــذهب الــرأي الغالب إلي نقيض ذلك حيث يري أن التصرف الصادر من جميع الشركاء في كل المال أو في جزء منه يكون صحيحاً ويظــل نافذاً في مواجهة كل الشركاء وخلفائهم أياً كانت نتيجة القسمة، ولا تطــبق قاعــدة الأثر الرجعي للقسمة في حالة ما إذا كان التصرف صـــادراً مــن جمـــيع الشركاء، لأن المقصود منها حماية الشريك من الحقوق والأعباء التي قد يرتبها شريك آخر - بدون حق - علي الجزء المفــرز الواقـــع بمقتضـــي القســـمة في نصيبه. هذا بالإضافة إلي أن

التصـــرف صـــادر من جميع الشركاء بما فيهم من آل محل المتصرف إليه[1].

(ب) التصرف الصادر من أغلبية الشركاء :

للشـــركاء الذين يملكون علي الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، أن يقـــرروا التصـــرف فيه إذا استندوا في ذلك إلي أسباب قوية، علي أن يعلنوا قراراتهم إلي باقي الشركاء . ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلـــي المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان . وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء أن تقدر تبعاً للظروف ما إذا كان التصرف واجباً[2].

---

(١) وهذا ما أخذ به المشرع صراحة بالنسبة للرهن حيث تنص المادة ١٠٣٩ علي أنـــه "يبقي نافذاً الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع، أيا كانت النتيجة التي تترتب علي قسمة العقار فيما بعد أو علي بيعه لعدم إمكان قسمته".

(٢) م ٨٣٢ مدني

يـــدل نص المادة ٨٣٢ من القانون المدني علي ان الشركاء الذين يملكون علي الأقـــل ثلاثـــة أرباع المال الشائع أن يتصرفوا في هذا المال بالبيع أو غيره إذا كانـــت هناك أسباب قوية تدعوا إلى ذلك. علي أن يعلنوا قرارهم لبقية الشركاء ولمـــن خالـــف ذلك من هؤلاء التظلم من قرار الأغلبية أمام المحكمة المختصة خلال شهرين من وقت إعلانه بهذا القرار، والأغلبية إذ تباشر هذا الحق تباشره أصـــيلة عـــن نفسها ونائبة عن غيرها من الشركاء وينفذ في حق الأقلية ما لم تقرها المحكمة المختصة علي ما قد تثيره من اعتراض. (الطعن رقم ٥١٧ س ٥١ ق جلسة ١٩٨٥/٢/٢١)

إن المشـــرع وان خـــول أغلبية الشركاء الذين يملكون علي الأقل ثلاثة أرباع المـــال الشـــائع الحـــق في أن يقرروا التصرف فيه كله دون الرجوع إلى باقي شـــركائهم أصحاب الأقلية إلا أنه اشترط لذلك إعلان هؤلاء بالقرار حتى إذا لم يصادف قبولا لدي أي منهم – كان له حق الاعتراض عليه أمام المحكمة خلال شـــهرين مـــن وقـــت إعلانه به ومؤدي ذلك إن المعول عليه في انفتاح ميعاد الاعتراض علي قرار الأغلبية هو بإعلانهم أصحاب الأقلية به مما لا يغني عنه

=

يتضح من ذلك أن المشرع أجاز لأغلبية الشركاء سلطة التصرف في المال الشائع بشروط ثلاثة :

١- صـــدور القرار من أغلبية الشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع علي الأقل .

٢- يجب أن يستند قرار التصرف إلي أسباب قوية تبرره .

٣- يجب إعلان القرار إلي باقي الشركاء .

ولكـــن مـــا الحكـــم عند الاختلاف ؟ هنا لا مفر من اللجوء إلي القضاء .

فـــإن كان المال مما يقبل القسمة بلا ضرر فلا يتم التصرف لأنه أولي بطالبي التصرف أن يطلبوا القسمة، لذا يجري القاضي القسمة بين الشركاء.

أمـــا إذا كـــان في القسمة ضرر لجأ طالبوا التصرف إلي القضاء ليأمـــر القاضـــي بالتصـــرف بالشروط التي يحددها، ويقوم قراره مقام موافقة باقي الشركاء .

وينبغـــي – كي يأمر القاضي بالتصرف – أن توجد أسباب قوية، كوجـــود صـــفقة رابحة يخشي فواتها، أو كأن يصبح من المتعذر إدارة واستغلال المال بحالته بطريقة مربحة. ويجب أن يحدد القاضي شروط التصرف علي نحو يحقق الحماية للشركاء المعترضين.

إذا كـــان المال الشائع مملوكاً لاثنين من الشركاء مناصفة ورغب أحـــدهما في التصرف واعترض الآخر، اعتبرت رغبة الأول في حكم رغبة الأغلبية وأمكن الالتجاء إلي القضاء .

الإعـــلان الحاصـــل من غيرهم أو علم أصحاب الأقلية بهذا القرار بأي طريقة أخري ولو كانت قاطعة. الطعن رقم ١٥٣١ س ٥١ ق جلسة ١٩٨٥/١٢/٣١ .

المطلب الثاني

تصرف الشريك في المال الشائع

قـد يتصـرف الشريك منفرداً في حصته علي الشيوع. وقد يرد تصـرفه علي جزء مفرز يعادل تلك الحصة. كما قد يتصرف الشريك فـي المـال الشائع كله . ونعرض للأحكام الخاصة بكل نوع من هذه التصرفات علي حدة .

الفرع الأول

تصرف الشريك في حصته الشائعة

(أ) حق الشريك في التصرف :

يملـك كل مالك علي الشيوع حصته الشائعة ملكية تامة، وله أن يتصـرف فـيها كلها أو بعضها، تبرعاً أو معاوضة، ويمكن أن يكون التصـرف إلي أحد الشركاء أو إلى أجنبي عنهم، وسواء أكان التصرف نـاقلا للملكـية كالبيع أم مرتباً لحق عيني عليها كانتفاع أو ارتفاق أو رهن[1].

إلا أن تلـك القاعدة مقيدة بقيدين: الأول: يجب ألا يكون التصرف ضـاراً بباقـي الشـركاء[2]. الثاني: حق الشريك الآخر في أخذ حصة الشـريك المتصـرف بالشـفعة فـي حالة العقار، والاسترداد في حالة المنقول.

---

(١) م ١/٨٢٦ مدني، جمال ذكي ، ص ١٣٣.

تصـرف المالـك على الشيوع فى حصته شائعة. أثره. نفاذ التصرف فى حق شركائه وحلول المتصرف له محل الشريك المتصرف. م١/٨٢٦ مدنى (الطعن رقم ٣٤٦٩ لسنة ٥٨ق، جلسة ١٩٩٣/٢/٢١)

(٢) للشـريك علـي الشيوع طبقاً للمادة ٨٢٦ من القانون المدني أن يتصرف في حصـته وأن يستولي علي ثمارها وأن يستعملها، إلا أن ذلك مشروط بألا يلحق ضرراً بحقوق سائر الشركاء. (نقض ١٩٧٩/٢/٧ س ٣٠ ص ٤٩٦)

يـوازن المشـرع بين مصالح الشركاء علي الشيوع، فهو يعطي الشـريك مطلق الحق في التصرف في حصته بدون إذن شريكه[1]. إلا أنه من ناحية أخرى فإن للشريك الحق في الحلول محل المتصرف إليه الأجنبي بالشفعة بالنسبة للعقار والاسترداد في حالة المنقول[2].

ونذكر بالقاعدة الأساسية في هذا الصدد وهي حق كل شريك علي الشيوع في نقل كل حصته أو بعضها للغير بالبيع أو الهبة أو المقايضة أو الوصية، ويكون تصرفه صحيحاً لأنه يتصرف في حقه . ويجوز له أيضـاً أن يرتب عليها حقاً عينياً كحق الانتفاع وهنا يحل المنتفع محل الشريك في الحصول علي ثمار هذه الحصة. ولكن لا يمكن تقرير حق ارتفاق علي حصة شائعة لأن الارتفاق يقتضي أعمالاً مادية علي عقار

---

(١) تصـرف الشـريك في حصة شائعة نافذ في مواجهة شركائه دون حاجة إلى موافقتهم طبقا لنص المادة ١/٨٢٦ من القانون المدني.(نقض ١٩٦٦/٣/٢٤ س ١٧ ص ٧٢٣)

الـثابت في الدعوى أن تصرف المطعون عليه الثاني للطاعنين بالبيع قد أنصب علي حصة شائعة في قطعة معينة داخلة في مجموع المال الشائع ولا يغير من كـون التصـرف علي هذه الصورة منصباً علي حصة شائعة أن تتعدد الجهات التـي تقـع فيها الأعيان المملوكة للبائع وشركائه علي الشيوع فلا يكون هناك محـل لـبحث الأثـر الذي يترتب علي حق المشتري في الحلول العيني عملا بالمـادة ٢/٨٢٦ من القانون المدني لأن مجال هذا البحث أن يصيب التصرف بالبـيع حصـته مفـرزة في المال الشائع وهو ما ليس شأن التصرف موضوع النزاع والذي أصاب – وعلي ما سلف بيانه – حصة شائعة فيه. (نقض ١/٢٧/ ١٩٨١ س ٣٢ ص ٣٤٩)

(٢) ولكـن ليس للشريك على الشيوع ولا لمن تلقى الحق عنه أن يدعى الاستحقاق فـى الجزء الذى باعه الشريك الآخر إلا بعد أن تحصل القسمة ويقع المبيع فى نصـيبه هو، أما قبل ذلك فتكون الدعوى سابقة لأوانها. (الطعن ٤ لسنة ١٠ق، جلسة ١٩٤٠/٤/٢٥)

مفــرز. ولا يمكن تقرير حق القرار لأنه يقتضي البناء أو الغراس علي أرض مفرزة .

ويجوز للشريك علي الشيوع أن يرهن حصته الشائعة رهن حيازة وان كـــان ذلك يتطلب موافقة باقي الشركاء لتحقيق الحيازة كشرط لنفاذ الـــرهن في مواجهة الغير. ويمكن أن تتحقق الحيازة إما باتفاق الراهن والمـــرتهن وباقي الشركاء علي تسليم المال إلي أحد الشركاء نيابة عن المرتهن أي بصفته عدلاً، وأما أن يتفق الجميع علي تسليم المال الشائع إلـــى الـــدائن المـــرتهن، حيث يعتبر وكيلاً عن باقي الشركاء بالنسبة لحصصهم ودائناً مرتهناً بالنسبة للحصة المرهونة .

وإذا تمـــت قسمة المال قبل زوال الحق (رهن أو انتفاع أو غيره) الـــذي رتـــبه الشـــريك علي حصته الشائعة، فإنه إعمالاً لمبدأ الحلول العينـــي، ينـــتقل ذلك الحق إلي حصة الشريك المفرزة بعد القسمة، أي ينـــتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلي الجزء الذي آل إلي المتصرف بطريق القسمة.

(ب) رخصة الاسترداد :

"للشـــريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال أن يسترد قـــبل القســـمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي بطريق الممارسة، وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلانـــه به. ويتم الاسترداد بإعلان يوجه إلي كل من البائع والمشتري، ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوض عـــن كـــل مـــا أنفقه. وإذا تعدد المستردون فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته" [1].

---

(١) م ٨٣٣ مدني.

إن حكمـــة الاســـترداد هي حماية الشركاء الأصليين الذين جمعت بينهم القرابة العائلـــية أو الـــرغبة الاختيارية من الأجنبي الدخيل عليهم، تجنباً لاطلاعه علي

أولا : شـــروط حق الاسترداد: يشترط لممارسة الشريك لرخصة الاسترداد توافر عدة شروط :

١- يجب أن نكون بصدد بيع حصة شائعة في منقول معين[١]، أو في مجموع من المال، كالتركة[٢]، وأموال الشركة بعد حلها، والمتجر، وذلـــك حتـــى لو اشتمل هذا المجموع علي عقار. أما إذا كنا بصدد بيع حصة شائعة في عقار معين، فإنه لا يجوز الاسترداد بل يمكن ممارسة الشفعة[٣] كما سنري.

أحـــوال التركة أو الشركة ولما قد يترتب علي تدخله من ارتباك لهم سواء أثناء قـــيام الشركة بينهم أو عند تصفيتها. (الطعن ١٣٣ لسنة ١٤ ق - جلسة ٢٤/٥/١٩٤٥)

(١) عكـــس الحـــال فى ظل القانون المدنى القديم حيث لم يكن الاسترداد جائزًا فى حالة بيع حصة شائعة فى منقول معين. (انظر نقض ١٢/٦/١٩٥٣ طعن ١٧٧ س ٢٠ق)

(٢) إن القانـــون المصـــري يســـوي فـــي حق الاسترداد بين الشركاء في الإرث والشـــركاء في غير الإرث ولم يقصر - كما فعل القانون الفرنسي - هذا الحق علـــي الشـــيوع الناشئ عن الإرث. (الطعن ٧٩ لسنة ١٥ ق - جلسة ٢١/١١/١٩٤٦)

(٣) نطـــاق حق الشريك في الشيوع في استرداد الحصة الشائعة التي باعها شريك آخر لأجنبي لا يرد إلا في منقول قائم بذاته أو في مجموع من المال ولو اشتمل هـــذا المجموع علي عقار، أما العقار الشائع المعين بالذات فلا يكون محلا لحق الاسترداد، وإنما هو محل لحق الشفعة حتى لو كان سبب الشيوع في العقار هو الميـــراث، وحتـــى لو كان العقار هو كل ما تركه المورث. (الطعن ٥١٣ لسنة ٥٢ ق، جلسة ١٧/٣/١٩٨٨)

٢- يثبت حق الاسترداد لكل شريك علي الشيوع[1]. وإذا تعدد الشركاء الراغبون في استرداد الحصة المبيعة، لكل منهم أن يسترد بنسبة حصته. ويجب أن يشمل الاسترداد كل الحصة المبيعة، حيث لا يجوز تجزئة الصفقة علي المشتري.

٣- لا يجوز الاسترداد إلا بمناسبة البيع الأجنبي . فلا يمكن ممارسته بمناسبة أي تصرف آخر ولو كان معاوضة كالمقايضة . ولا يجوز الاسترداد إذا كان البيع لأحد الشركاء[2].

---

(١) ليس هناك حاجة إلى التحدث عما إذا كان حكم هذه المادة مقصوراً علي الشركاء الأصليين في شركة أو تركة أو يتناول الشركاء الأصليين وغير الأصليين ودون حاجة إلي مناقشة هل الطاعن يعتبر أو لا يعتبر من الشركاء الأصليين، ومن ثم فانه يكون غير منتج الطعن علي الحكم بالخطأ في تطبيق القانون استناداً إلي أنه قرر أن الشركة لم تبدأ بين الطاعن وبين المطعون عليهما الثاني والثالث، وإنما بدأت بين مورثهم وبين شخصين من الأجانب ورتب علي هذا التقرير أن حق الاسترداد لا يجوز للطاعن لأنه ليس من الشركاء الأصليين. (الطعن ١٥٣ لسنة ١٩ ق، جلسة ١٩٥١/٣/٢٩)

(٢) يشترط لاستعمال حق الاسترداد وفقاً لأحكامه أن يكون البيع محل الاسترداد صادر من أحد الشركاء في الشيوع إلى أجنبي عنهم حتى لا يتضرر باقي الشركاء من دخوله بينهم، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بأحقية المطعون ضدها الأولي للحصة محل النزاع علي أساس الميراث، فان عقد البيع الذي تضمن بيع هذه الحصة إليها – والشركة في دور التصفية – لا يكون صادراً من شريك علي الشيوع إلى أجنبي عن الشركاء، وهو ما تتخلف معه شروط تطبيق حكم المادة ٨٣٣ من القانون المدني ومن ثم لا يحق للطاعن الأول – استرداد الحصة موضوع الدعوى، وإذ انتهي الحكم المطعون فيه إلى هذه النتيجة الصحيحة فان النعي عليه بالخطأ في الأسباب التي أقام عليها قضاءه يكون غير منتج(الطعن ١٦١١ لسنة٥٣ق جلسة ١٩٨٥/٤/٢٢)

متي كان الحكم إذ قضي برفض طلب الطاعن استرداد الحصة الشائعة في العقار الذي طلب المطعون عليه بيعه عند عدم إمكان قسمته عيناً أقام قضاءه علي أن دعوي استرداد الحصة الشائعة المبيعة لا توجه إلا إلى مشتري هذه

٤- يجب أن يكون البيع قد تم بالممارسة. فلا يجوز الاسترداد إذا كان البيع قد تم بالمزاد ولو رسا علي أجنبي.

ثانـــيا: إجـــراءات الاســـترداد: يجـــب علي الشريك الراغب في الاســـترداد إعـــلان رغبته، بأي طريقة من الطرق، علي كل من البائع والمشـــتري خـــلال ثلاثين يوماً من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلانه به[1].

الحصـــة متي كان أجنبياً عن الشركاء الأصليين، ومن ثم لا يجوز رفعها علي المطعـــون علـــيه لأنه من جهة ليس مشترياً ومن جهة أخري لم يصدر بيع بعد وأنه لا يغير من هذا النظر أن يطلب حق الاسترداد أثناء إجراءات البيع بالمزاد لعـــدم إمكـــان القســـمة عيناً لأن الحكمة في تخويل هذا الحق للشركاء هي منع تدخل الأجنبي في الملكية الشائعة وهذه الحكمة تتوفر بطبيعتها فى البيع بالمزاد إذ لهـــم أن يشتركوا فيه ويشتروا الحصة المعروضة للبيع ويمنعوا الأجنبي من الـــتدخل في الشركة، كما أن طلب المطعون عليه قسمة العين المشتركة وبيعها بالمـــزاد وتحديـــد ثمن أساسي لهذا البيع لا يعتبر عرضا ملزماً له ببيع حصته بالثمن الذي حدده إذا طلب منه الشريك الآخر الشراء استناداً إلي أن له أفضلية علـــي الغير باسترداد الحصة الشائعة وذلك لأن هذا الحق لا يكون إلا في حالة البيع التام وهو لم يتم ولأن تحديد ثمن للبيع عند عدم إمكان القسمة عيناً إنما هو للمـــزايدة وليس مؤداه أن يتخلي طالب القسمة عنها وهي حق من حقوقه وليس معـــناه أن يجبر علي بيع حصته لأحد الشركاء فإن هذا الذي أقيم عليه الحكم لا مخالفة فيه للقانون ولا يشوبه قصور. (الطعن ٢٠٠ لسنة ٣٠ق، جلسة ١/٣٠/ ١٩٥٢)

(١) الـــنص في الفقرة الأولي من المادة ٨٣٣ من القانون المدني علي ان "الشريك فـــي المـــنقول الشـــائع أو في المجموع من المال أن يسترد قبل القسمة الحصة الشـــائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي بطريق الممارسة، وذلك خلال ثلاثين يـــوماً مـــن تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلانه به. ويتم الاسترداد بإعلان يـــوجه إلـــي كل من البائع والمشتري ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقـــوقه والتـــزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه. وفي المذكرة الإيضاحية للمشـــروع التمهيدي علي أن "قصر المشروع حق استرداد الحصة الشائعة علي =

وإذا لـــم يتم الاسترداد بالتراضي يكون للشريك رفع الدعوى، في أي وقـــت إلى أن تتم القسمة، على كل من البائع والمشتري حيث يجب اختصامهما معاً في جميع مراحل الدعوى .

ثالـــثا: آثـــار الاســترداد: يتـــرتب علي الاسترداد حلول الشريك المســترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه عن كـــل مـــا أنفقه، كالثمن وفوائده ومصاريف البيع ونفقات المبيع، ويكون للمسترد الحق في الثمار التي حصلها المشتري منذ البيع .

يحل المسترد محل المشتري في كافة حقوقه، فيجوز له الاستفادة، مثلاً، بالأجل الذي كان البائع قد منحه للمشتري في دفع الثمن

المـــنقول دون العقار، وجعل حق الشفعة في العقار مغنية عن هذا الحق... فان أعلـــن المسترد رغبته في الاسترداد وانفق الجميع حل المسترد محل المشترى في جميع حقوقه والتزاماته كما في الشفعة، وعوض المسترد عن كل ما أنفقه... ولم يلزم المشروع المسترد المشترى أن يعرض الثمن عرضاً حقيقياً فيكفي إذن إظهار الرغبة في الاسترداد وفي الاستعداد لدفع الثمن وبقية النفقات". يدل علي انـــه يتعـــين أن يشتمل الإعلان الذي يوجه من الشريك البائع لحصة شائعة في المـــنقول أو فـــي مجموع من المال أو ممن اشتري منه إلى باقي الشركاء علي شـــروط البـــيع ومـــنها مقدار الثمن الذي تم به، حتى يستطيع هؤلاء أن يعملوا إرادتهم في الصفقة فيستردونها أو يتركونها، وان المقصود بالعلم الذي يبدأ منه ســـقوط الحـــق في طلب استرداد الحصة المبيعة هو العلم الحقيقي بشروط البيع شاملة الثمن المدفوع دون العلم الظني . لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قـــد التـــزم هذا النظر ولم يعتمد في قضائه بالإعلان الذي وجهه إلى المطعون ضـــده الأول فـــي ١٩٧٩/٥/٣ لخلـــوه مـــن بيان مقدار ثمن بيع الحصتين – موضوع النزاع . فانه يكون قد صادف صحيح القانون، ولا تثريب عليه إن هو التفت عما ساقه الطاعن من دفاع يتعلق بعلم المطعون ضده الأول بواقعتي البيع فـــي تـــاريخ حـــدوثهما بعد أن خلا هذا الدفاع من علم المذكور بشروط البيع ومقدار الثمن الذي تم به – بحسابه دفاعاً ظاهر الفساد لا يستأهل رداً . (الطعن ١١٩١ لسنة ٥٣ ق، جلسة ١٩٩٢/٢/١٠)

ثالـــثا: الأحكـــام المشتركة بين الشفعة واسترداد الحصة المبيعة وأوجه الخلاف بينهما :

- إن الشـــفعة والاسترداد وإن كانا متفقين في أن كلا منهما يؤدي إلـــي نـــوع من الافتئات علي حرية التبايع وإلي نزع الملك جبراً علي مشـــتريه، فإنهمـــا مع ذلك حقان متغايران من حيث المصدر والحكمة والســـبب والمحـــل .وذلـــك بأن الشفعة مصدرها الشريعة الإسلامية، وحكمـــتها دفع ضرر شريك جديد أو جار طارئ، وسببها الموجب لها هو اتصال ملك الشفيع بالمبيع اتصال شركة أو جوار، ومحلها أن يكون المبـــيع عقـــاراً فـــلا شـــفعة في منقول أما الاسترداد فمصدره القانون الفرنســـي، وحكمته حفظ أسرار التركات وكف الأجانب عن النفاذ إليها وجعـــل الورثة في مأمن من دخيل يطرأ فيفسد عليهم محيطهم العائلى، وســـببه الشركة في الارث، ومحله أن يكون المبيع حصة أو جزءاً من حصة شائعة في التركة عامة منظوراً إليها كوحدة قانونية تنتظم كل ما يقوم بمال من الحقوق والواجبات[1].

- إن القانـــون لم يأت بقواعد خاصة لرفع الدعوى بطلب استرداد الحصـــة المبيعة، فيتعين أن تطبق في هذا الصدد القواعد العامة، ولكن لمـــا كان هذا الاسترداد نوعاً من الشفعة كانت الدعوى به خاضعة لما تقتضيه هذه النوعية من القواعد الموضوعية لدعوي الشفعة. أما ما جاء بـــه قانـــون الشفعة من أحكام خاصة بدعوى الشفعة غير متصلة بهذه النوعـــية فإنه إذ كان وارداً علي خلاف أحكام القانون العام ومن ثم لا يصـــح القـــياس عليه ـــ لا يطبق علي دعوي الاسترداد. وإذ كان في الاســـترداد، كمـــا فـــي الشـــفعة، يحل المسترد بالنسبة إلى البائع محل المشـــتري فـــي جمـــيع ما كان له من الحقوق وما عليه من الواجبات، ويعتبر المبيع كأنه بيع مباشرة من البائع للمشتري، فإنه يكون من اللازم

---

(١) الطعن ٧٩ لسنة ١٥ ق، جلسة ١٩٤٦/١١/٢١.

إدخال البائع في دعوي الاسترداد، كما يلزم في دعوي الشفعة أما الحكم الخـــاص بوجوب إعلان المشتري والبائع في الميعاد المعين لاستئناف دعوي الشفعة فلا يسري لأنه حكم استثنائي بل الذي يسري هنا هو حكم القانون العام(1).

– إن المـــادة ٤٦٢ مـــن القانـــون المدنـــي لم توجب علي طالب الاسترداد أن يعرض الثمن، خلافاً لما هو مقرر في قانون الشفعة وهذا يفـــيد أنه لا يجوز رفض طلب الاسترداد بمقولة ان الثمن الذي عرضه الطالـــب هو دون الثمن الذي ثبت لدي القضاء أنه الثمن الحقيقي، فإذا كـــان ثمـــن الحصـــة المبـــيعة بقي مختلفاً عليه إلي أن حسمت محكمة الاســـتئناف هـــذا الخـــلاف بحكمها مثبتة فيه الثمن الحقيقي، ثم حكمت المحكمـــة فـــي ذات الوقت برفض طلب الاسترداد لكون الطالب لم يبد استعداده لدفع هذا الثمن فإنها تكون قد خالفت القانون(2).

الفرع الثاني

تصرف الشريك في جزء مفرز

قد يقوم الشريك بتحديد جزءاً معيناً من المال الشائع يعادل حصته فيه أو يقل عنها، وذلك من تلقاء نفسه ودون الرجوع إلي باقي الشركاء، ثم يقوم بالتصرف في هذا الجزء إلي الغير، فما حكم التصرف في هذه الحالة؟

يعتبـــر هذا التصرف صحيحاً لصدوره من مالك ؟ ولكنه لا ينفذ فـــي حـــق باقي الشركاء(3). ويترتب علي ذلك عدة نتائج هامة بالنسبة

---

(1) الطعن ١٣١ لسنة ١٤ ق، جلسة ١٩٤٥/١٢/٢٧

(2) الطعن ٦٩ لسنة ١٥ ق، جلسة ١٨/ ١٩٤٦/٤

(3) من حق الشريك علي الشيوع أن يبيع جزءاً مفرزاً من المال الشائع قبل إجراء القسمة. (نقض ١٩٧٢/٤/٢٩ س ٢٣ ص ٧٨١)

للمتصـــرف إليه من جهة وللشركاء الآخرين من جهة أخري . ويختلف الحكم قبل إجراء القسمة عنه بعد إجرائها .

(أ) حكم التصرف في حصة مفرزة قبل القسمة :

يخـــتلف حكـــم التصـــرف في حصة مفرزة قبل القسمة فيما بين أطرافه عنه بالنسبة لباقي الشركاء.

أولا: حكـــم التصـــرف فـــيما بـــين الأطراف :يجب أن نفرق بين فرضين:

١- قـــد ينصـــرف الشريك في جزء مفرز إلي شخص يجهل أن المتصـــرف يملـــك نصيبه علي الشيوع ولا يملك العين محل التصرف

الـــنص في الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ من القانون يدل علي أن للشريك علي الشـــيوع أن يبـــيع ملكه محدداً مفرزاً وليس من شأن ذلك بطلان البيع وهو إن كـــان لا ينفذ في حق باقي الشركاء بل تظل حالة التحديد هذه معلقة علي نتيجة القســـمة إلا أنه يعتبر صحيحاً وينتج كافة آثاره القانونية في حق الشريك البائع ولو كان العقد غير مسجل. (الطعن ١٩٩٧ لسنة ٥٧ ق، جلسة ١٩٨/١٠/٢٦)

من المقرر في قضاء هذه المحكمة – أنه ليس ثمة ما يمنع البائع وان كان مالكاً علي الشيوع أن يبيع قدراً مفرزاً من نصيبه، فهو وإن كان لا ينفذ في حق باقي الشركاء بل يظل معلقاً علي نتيجة القسمة، إلا أنه يعتبر صحيحاً ونافذاً في حق الشـــريك البائع ومنتجاً لآثاره القانونية علي نفس المحل المفرز المنصرف فيه قبل القسمة.(نقض ١٩٨١/٣/١٠ س ٣٢ ص ٧٧٩)

جـــري قضـــاء هذه المحكمة علي أن للشريك علي الشيوع في التركة أن يبيع حصـــته محـــددة، ولا يستطيع أحد الشركاء الاعتراض علي هذا البيع والادعاء بأنـــه يستحق المبيع مادام أن التركة لم تقسم قسمة إفراز. (جلسة ١٩٥٥/٦/٣٠ طعن رقم ١١١ سنة ٢٢ ق).

لـــيس ثمة ما يمنع البائع وإن كان مالكاً علي الشيوع أن يبيع ملكه محدداً مفرزاً وأن حالـــة التحديد هذه وإن ظلت موقوفة أو معلقة علي نتيجة القسمة أو إجازة الشـــريك علي الشيوع إلا أن هذا كله لا يبطل عقد البيع. (نقض ١٩٥٦/٦/٢٨ س ٧ ص ٦٠)

مفرزة، هنا يكون للمشتري قبل القسمة أن يطلب إبطال البيع علي أساس الغلط حيث أنه قصد شراء حصة مفرزة لا حصة شائعة. أما إذا كان يعلم بأن البائع يملك حصة شائعة فلا يجوز له طلب الإبطال علي أساس الغلط أو صدور البيع من غير مالك، ولا يجوز للشريك البائع طلب إبطال البيع استناداً الي حالة الشيوع[1].

٢- قد يتصرف الشريك في جزء مفرز إلي شخص يعلم أن البائع مالك لهذا الجزء علي الشيوع، ويتم الاتفاق بينهما معلقاً علي شرط واقف هو إجراء القسمة، ووقوع ذلك الجزء في نصيب المتصرف، فإذا تحقق الشرط وآل الجزء المبيع إلي البائع نتيجة القسمة أنتج التصرف آثاره بأثر رجعي، وان لم يتحقق الشرط اعتبر التصرف كأن لم يكن.

ثانياً : حكم التصرف بالنسبة لباقي الشركاء : الأصل أنه ليس للشريك أن يتصرف في جزء مفرز من المال الشائع ولو كان هذا الجزء يعادل أو حتى يقل عن حصته لأن حقه ينتشر في كل جزئيات المال مع حقوق باقي الشركاء ويعد تصرفه هذا إجراء للقسمة من جانبه وحده وهذا أمر غير جائز.

ولكن المشرع أجاز هذا التصرف واعتبر صحيحاً، إلا انه يكون غير نافذ في مواجهة باقي الشركاء، ولا يجوز للمتصرف إليه أن يحتج بحقه في مواجهتهم. ويترتب علي ذلك عدة نتائج هامة:

١- لا يعتبر المشتري، حتي ولو سجل عقده قبل تسجيل القسمة، شريكاً في العقار الشائع، ولا يكون له أي حق من حقوق الشركاء[2].

---

(١) وإذ كانت الطاعنة الشريكة البائعة لحصة مفرزة إلي المشتري المطعون عليه لم تدع وقوع قسمة قبل البيع، فانه لا يحق لها طلب إبطال البيع الصادر منها. (نقض ١٩٨١/٣/١٠ س ٣٢ ص ٧٧٩)

(٢) نقض ١٩٦٥/١٢/٢ س ١٦ ص ١١٧٢.

٢- لا يجــوز للمشتري للقدر المفرز في العقار الشائع أن يطالب بالتســـليم مفرزاً قبل حصول القسمة، ولو كان عقده مسجلاً، إلا برضاء باقي الشركاء جميعاً[١].

---

(١) مـــن المقرر – وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة – أنه لا يجوز لمشتري لجــزء مفرز من العقار الشائع ان يطالب بالتسليم مفرزاً – ما لم يثبت حصول قســمة نافــذة ووقــوع القــدر المبيع في نصيب البائع له – ذلك لأن البائع له "الشــريك علـــي الشـــيوع" لم يكن يحق له إفراز حصته بإرادته المنفردة قبل حصول القسمة ولا يمكن أن يكون للمشتري حقوق اكثر مما كان للبائع هذا إلى ما يترتب علي القضاء بالتسليم في هذه الحالة من إفراز لجزء من المال الشائع بغير الطريق الذي رسمه القانون. (الطعن رقم ١٠٨٧ س ٥٠ ق جلسة ٢٨/٢/١٩٨٤)

قضـــاء الحكـــم بالتسليم مفرزًا على مجرد تسجيل المطعون ضده الحكم بصحة البـــيع الصادر له من مالك على الشيوع مع آخرين دون استظهار مدى حصول قســمة نافــذة بـــين الشركاء ووقوع المبيع فى نصيب البائع له أو رضاء باقى الشـــركاء جميعًا عن البيع المفرز والتسليم. خطأ وقصور. (الطعن رقم ٢٩٧٣ لسنة ٥٩ق، جلسة ٢٣/١٢/١٩٩٣)

مالكان علي الشيوع لم يضع أيهما يده علي جزء معين من الملك المشترك، باع أحـــدهما حصـــة شائعة من هذا الملك ورهن الأخر قدراً مفرزاً منه. ثم تنازع المـــرتهن والمشتري علي جزء من هذا الملك وضع المشتري يده عليه، ثم رفع المـــرتهن دعوي علي الراهن وعلي المشتري طلب فيها إلزام الأول بأداء مبلغ الـــرهن اليه، كما طلب في مواجهة الثاني حبس العين المرهونة و تسليمها إليه حتـــى يوفي إليه دين الرهن، فقضت المحكمة برفض طلب الحبس والتسليم بناء علـــي مـــا تبينـــته من أن المشتري قد سجل عقده قبل أن يسجل المرتهن عقده وانـــتقل الحـــق العيني إليه بهذا التسجيل ووضع يده علي القدر المتنازع عليه، فهـــذا مـــنه سديد و لا غبار عليه. إذ المرتهن يطلب استحقاقه لقدر مفرز سبق وضع يد المشتري عليه، وهذا الطلب سابق لأوانه فإنه لا يكون له محل إلا عند حصول القسمة ووقوع هذا القدر في نصيبه هو، فعندئذ – وعندئذ فقط – يكون لـــه أن يطلب تسليمه إليه لحبسه تحت يده حتى يدفع له دينه . أما قوله إنه يجب علـــي المشتري أن يرفع دعوي قسمة حتى إذا ما وقع القدر المتنازع عليه في

٣- لا يجــوز للمشتري طلب تثبيت ملكيته لما اشتراه مفرزاً قبل إجـــراء القســمة ووقــوع المبيع في نصيب البائع له ولو كان عقده مسجلاً[١].

٤- يحق للمشتري طلب الحكم بصحة ونفاذ هذا البيع حتى يتسنى له تسجيل عقد شرائه ومن ثم يستطيع أن يحاج به البائع له في فترة ما قبل القسمة حتى يمتنع عليه التصرف في هذا القدر إلي الغير[٢].

٥- لا يلــزم تمثــيل المشــتري فــي القســمة، بل يظل الشريك المتصــرف وحده صاحب الحق في طلب القسمة، ويجب اختصامه في

نصيبه اعتبر مالكاً له من تاريخ انتقال الملك إليه بالشراء، فهذا لا وجه له لأنه لــيس في القانون ما يلزم المشتري بذلك. (الطعن رقم ٢٠ لسنة ١٤ ق – جلسة ١٦/١١/١٩٤٤)

(١) الطعن رقم ٢٣٨٢ س ٥١ ق جلسة ٤/١١/١٩٨٢

بــيع الشريك المشتاع لجزء مفرز من العقار الشائع قبل إجراء القسمة لا يجيز للمشــتري طلــب تثبيت ملكيته لما اشتراه ولو كان عقده مسجلاً . فيظل معلقاً علي نتيجة القسمة إذ أن استقرار التصرف علي ذات المحل رهين بوقوعه بعد القسمة في نصيب البائع له فإذا وقع في غير نصيبه ورد التصرف علي ما آل للمتصرف نتيجة القسمة. (الطعن رقم ١٣٧٠ س ٥٠ ق جلسة ٢٥/٣/١٩٨٥)

(٢) نقض ١٠/٣/١٩٨١ س ٣٢ ص ٧٧٩

قــارن عكس ذلك قضاء النقض السابق: لا يجوز الحكم للمشترى بصحة ونفاذ البيع عن قدر مفرز إذا كان المبيع شائعًا ما لم يثبت حصول قسمة نافذة ووقوع القــدر المبيع فى نصيب البائع له بمقتضى هذه القسمة ذلك أن البائع له لم يكن يملــك وضـــع يــده مفــرزًا على حصته قبل حصول القسمة إلا برضاء باقى الشــركاء جميعًا ولا يمكن أن يكون للمشترى حقوق أكثر مما كان لسلفه ولأن القضـــاء بالتسليم فى هذه الحالة يترتب على إفراز جزء من المال الشائع بغير الطريق الذى رسمه القانون. (نقض ٣/١٢/١٩٦٥ س ١٦ ع ٢ ص ١١٧٣)

دعـــواها، ولا يقبل تدخل المتصرف إليه فيها بوصفه متقاسماً، حتى لو سجل عقده قبل القسمة[1].

٦- لا يجـــوز للشركاء رفع دعوي استحقاق علي المتصرف إليه، ســـواء للحصـــول علـــي الحصة المبيعة أو للاعتراف لهم بحقهم علي الشيوع في هذه الحصة. وتعبر محكمة النقض عن ذلك بقولها: لا يجوز لمـــن يدعي استحقاق المبيع لنفسه – سواء أكان هذا المدعي شريكاً في المـــال الشـــائع أم متلقـــيا حقـــه عن شريك فيه علي المشاع أن يدعي الاســـتحقاق فـــي المبـــيع إلا حين قسمة المال الشائع ووقوع المبيع في نصيبه، فكل ادعاء منه قبل ذلك يكون سابقاً لأوانه[2].

---

(١) نقـــض ١٥/١١/١٩٨٤ س ٣٥ ص ١٨٩٤، وقـــد عدلت بذلك محكمة النقض عن موقفها السابق. (نقض ٢٨/٦/١٩٥٦ س ٧ ص ٧٦٠)

(٢) الطعن رقم ١٥٣٢ س ٤٩ ق جلسة ١٨/٤/١٩٨٤.

إنه إن اختلف الفقهاء والقضاء في حكم بيع الشريك جزءًا مفرزًا من مال مشاع هـــل يقـــع صـــحيحاً في حصة البائع منه وباطلاً في حصص شركائه، أم يقع موقوفاً علي نتيجة القسمة بين جميع الشركاء، فإنما وقع اختلافهم هذا في تقرير حكم العقد بين عاقديه . فمن ذهب إلى اعتباره باطلاً جعل للمشتري حق إبطاله مـــن يوم العقد لما فيه تفريق الصفقة عليه. ومن رأي أنه بيع موقوف لم يجعل للمشـــتري سبيلاً علي البائع إلا عند خروج المبيع من حصة بائعة بالقسمة . أما فـــي تقريـــر حكم العقد في علاقة المشتري مع من يدعي استحقاق المبيع لنفسه ســـواء أكان هذا المدعي شريكاً في المال المشاع أم متلقياً ملكه عن شريكه فيه علي المشاع – فلا خلاف في أنه ليس للمستحق أن يدعي الاستحقاق في المبيع إلا بعـــد قسمة المال الشائع، ووقوع المبيع في نصيبه هو، لا في نصيب البائع لذلك المشتري. وإذن فكل ادعاء منه قبل ذلك يكون سابقاً لأوانه خليقاً بأن تحكم المحكمـــة فـــيه بعدم قبوله أو رفضه. (طعن رقم ١٨ سنة ٢ ق جلسة ١٦/٦/ ١٩٣٢)

٧- يمكـــن للشركاء أن يجيزوا تصرف الشريك الشائع، هنا تأخذ الإجـــازة حكم القسمة، ما لم تقترن الإجازة بتحفظ قبول المتصرف إليه كمجرد شريك علي الشيوع محل الشريك المتصرف.

(ب) حكم التصرف في حصة مفرزة بعد القسمة :

إذا تمت القسمة ووقع الجزء المفرز موضوع التصرف في نصيب الشريك المتصرف صح التصرف وأصبح نافذاً .

أمـــا إذا لـــم يقـــع هذا الجزء المفرز في نصيب المتصرف ووقع نصيبه في جزء آخر فإن المشرع يقضي بأن ينتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلي المتصرف بطريق القسمة[1]، أي أنـــه، حرصـــاً علـــي اســـتقرار المعـــاملات وتفادياً للحكم ببطلان التصـــرف، يأخـــذ بمـــبدأ الحلـــول العيني، أي أن الجزء الذي آل إلي المتصـــرف بطريق القسمة يحل محل الجزء الذي ورد عليه التصرف أصلاً. ويعتبر ركأن التصرف قد ورد عليه منذ إبرامه[2].

---

(١) م ٨٢٦ مدني.

(٢) بـــيع الشريك المشتاع لجزء مفرز من العقار الشائع قبل إجراء القسمة لا يجيز للمشتري طلب تثبيت ملكيته لما اشتراه ولو كان عقده مسجلا، فيظل معلقاً علي نتـــيجة القســـمة إذ أن استقرار التصرف علي ذات المحل رهين بوقوعه – بعد القســـمة – في نصيب البائع له فإذا وقع في غير نصيبه ورد التصرف علي ما آل للمتصرف نتيجة القسمة. (نقض ١٩٨٤/٣/٢٥ س ٣٥ ص ٨٠٣)

مـــن المقـــرر في قضاء هذه المحكمة – أن للشريك علي الشيوع أن يبيع جزءاً مفرزا من المال الشائع قبل إجراء القسمة فقد نصت المادة ٨٢٦ فقرة ثانية من القانـــون المدنـــي علي انه "إذا كان التصرف منصباً علي جزء مفرز من المال الشـــائع ولـــم يقـــع هـــذا الجـــزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصـــرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة، ومتي تقرر ذلك فإن الطاعن يكون قد اشتري من المطعون عليه الجزء المفـــرز الـــذي يبـــيعه أو ما يحل محله مما يقع في نصيب المطعون عليه عند القســـمة، فـــإن وقع الجزء المفرز عند القسمة في نصيب المطعون عليه خلص

للطـــاعن، وان لم يقع انتقل حق الطاعن بحكم الحلول العيني من الجزء المفرز المبيع إلى الجزء المفرز الذي يؤول إلى المطعون عليه بطريق القسمة ومن ثم كـــان للوالد أن يبيع لأبنه مفرزا أو شائعاً وان يبيع ابنه بدوره إلى الطاعن مثل ذلــك، ومن ثم فان النعي علي الحكم المطعون فيه – بأن البائع لا يملك الحصة المبيعة مفرزة، يكون علي غير أساس.(نقض ١٩٨٠/٣/٢س٣١ص٨٨٨)

يشــترط لإعمــال الحلول العيني وفقاً لهذا النص أن تجري قسمة بين الشركاء للمــال الشــائع يكون من شأنها أن تؤدي إلى إفراز نصيب معين للشريك البائع يــوازي حصــته في الشيوع بحيث يستأثر وحده بكل سلطات الملكية الخالصة علــي هذا الجزء وأن لا يقع المبيع في الجزء المفرز الذي اختص به البائع بما مؤداه أنه لا مجال لإعمال الحلول العيني إلا إذا أصاب المتصرف بالبيع حصة مفــرزة مــن المال الشائع، فان أسفرت القسمة بين الشركاء عن اختصاص كل مجمــوعة منهم بقدر مفرز من المال الشائع مع بقاء الشريك البائع مالكاً لحصة شــائعة فانـــه يمتنع في هذه الحالة إعمال الحلول العيني طالما أن نصيب البائع بقـــي شائعاً لم يتم إفرازه – لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه قد قضي بصـــحة ونفاذ عقد البيع عن مساحة ٤ ف شائعة في ١٠ف التي اختص بها ... الشـــهير ب ... ووالدته وشقيقتاه وأقام قضاءه هذا علي أن حق المطعون عليه الأول قد انتقل بقوة القانون إعمالاً للفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ سالفة البيان إلى الحصة الشائعة التي يمتلكها البائع له ضمن المساحة التي اختص بها ومن معه في حين انه لا مجال لإعمال الحلول العيني طالما بقيت حصة البائع شائعة ولم تســفر القسمة عن اختصاصه بقدر مفرز فانه يكون قد قضي في الدعوي علي خـــلاف سند المشتري وبالمخالفة لإرادة المتعاقدين وأعمل الحلول العيني علي خلاف مقتضى القانون وهو ما يعيبه ويوجب نقضه.(الطعن ٢٧٦ لسنة ٥٧ ق، جلسة ١٩٩١/٥/١٢)

الغيـــر في حكم المادة العاشرة من قانون الشهر العقاري هو من تلقي حقاً عينياً علي العقار علي أساس أنه مازال مملوكاً علي الشيوع وقام بتسجيله قبل تسجيل ســند القسمة. وأما من تلقي من أحد الشركاء حقاً مفرزاً فإنه لا يعتبر غيراً ولو ســبق إلـــى تسجيل حقه قبل تسجيل القسمة إذ أن حقه في الجزء المفرز الذي انصب عليه التصرف يتوقف مصيره علي النتيجة التي تنتهي إليها القسمة وذلك لمـــا هـــو مقرر بالمادة ٢/٨٢٦ من القانون المدني من أن التصرف إذا انصب علـــي جـــزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب

وتعبـــر عن ذلك محكمة النقض بقولها : إذا كان البيع منصباً علي جـــزء مفـــرز مـــن العقـــار الشائع وكان سابقاً علي إجراء القسمة بين الشـــركاء، فان المشتري في هذه الحالة لا يعتبر بالتطبيق للفقرة الثانية مـــن المادة ٨٢٦ من القانون المدني – حتى ولو سجل عقده قبل تسجيل القســـمة – شـــريكاً فـــي العقار الشائع ولا يكون له أي حق من حقوق الشـــركاء وبالتالي لا يلزم تمثيله في القسمة ومتي تمت هذه القسمة بين الشـــركاء، فإنها تكون حجة عليه ولو لم يكن طرفاً فيها، ويترتب عليها فـــي حقـــه ما يترتب عليها في حق المتقاسمين من إنهاء حالة الشيوع واعتـــبار كـــل متقاسم مالكاً للجزء المفرز الذي وقع في نصيبه ويتحدد بهذه القسمة مصير التصرف الصادر إليه، فإذا وقع القدر المبيع المفرز في نصيب الشريك البائع خلص له هذا القدر، وإن لم يقع انتقل حقه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى البائع بطريق القسمة[١]. وخلص القدر المبيع لمن خصص له في القسمة مطهراً من هذا التصرف، وبذلك يصبح استمرار المشتري في وضع يده علي هذا القدر مجرداً من السند ويكون لمن اختص به الحق في استلامه من تحت يد المشتري[٢].

المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي اختص به المتصرف بموجب القسمة، مما مفاده أن القسمة غير المسجلة يحتج بها علي مـــن اشتري جزءاً مفرزاً من أحد المتقاسمين ويترتب عليها في شأنه ما يترتب عليه في شأن المتقاسمين من إنهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكاً للجزء المفـــرز الذي وقع في نصيبه بموجب القسمة ومن ثم فانه لا يكون لمن اشتري جزءاً مفرزا لم يقع في نصيب البائع له بموجب القسمة أن يطلب الحكم بصحة عقـــد البـــيع بالنســـبة إلى ذلك الجزء ذاته طالما أن القسمة وان كانت لم تسجل تعتبر حجة عليه وترتب انتقال حقه من الجزء المفرز المعقود عليه إلى النصيب الـــذي اخـــتص به البائع بموجب تلك القسمة. (نقض ١٩٦٤/٤/٢ س ١٥ ص ٥٠٣)

(١) نقض ١٩٨١/١/٢ س ٣٢ ص ٢٣٥.

(٢) الطعن ١٤١ لسنة ٥٦ ق – جلسة ١٩٩١/١٠/٢٣.

الفرع الثالث

تصرف الشريك في كل المال الشائع

(أ) لــيس للشريك علي الشيوع أن يتصرف في كل المال الشائع أو فــي جــزء منه يزيد علي حصته فيه، و إذا فعل ذلك كان تصرفه وارداً علــي ملك الغير فيما زاد علي نصيبه، ولا ينفذ في مواجهة باقي الشــركاء، ويحق لهم رفــع دعوي الاستحقاق في مواجهة المتصرف إليه(1).

(ب) ويجــوز للمتصــرف إليه طلب إبطال التصرف علي أساس لغلــط في ملكية الشريك المتصرف إذا كان لا يعلم بأن حق المتصرف قاصــر علــي حصته فيه. أما إن كان يعلم بوجود شركاء آخرين فهو بالخيار بين :

أولا: إما انتظار نتيجة القسمة حيث يمكن أن يؤول إلى المتصرف الجــزء الــذي تــم التصرف فيه، وقد يقع المال الشائع كله في نصيب المتصــرف، هــنا يستقر حق المتصرف إليه عليه أو علي الجزء محل التصرف.

وقــد يقــع فــي نصــيب المتصرف جزء فقط من المال الذي تم التصــرف فــيه، هــنا يستقر حق المتصرف إليه علي هذا الجزء، ولا

---

(1) تصــرف الشــريك في مقدار شائع يزيد علي حصته، لا ينفذ في حق الشركاء الآخــرين فيما يتعلق بالقدر الزائد علي حصة الشريك المتصرف ويحق لهم أن يــرفعوا دعــوي بتثبــيت ملكيتهم وعدم نفاذ البيع فيما زاد علي حصة الشريك البائع دون انتظار نتيجة القسمة. (نقض ١٩٧٥/١١/١١ س ٢٦ ص ١٣٨٨)

إن القول بأن الشريك الذي يملك مشاعاً القدر الذي باعه مفرزاً لا يقبل منه ولا مــن شركائه الادعاء بعدم نفاذ البيع في حصتهم مادامت القسمة لم تقع ولم يقع المبيع في نصيبهم - هذا القول محله أن يكون المبيع جزءاً مفرزاً من الأموال، أمــا إذا كان المبيع غير مفرز وتجاوز البائع مقدار نصيبه الشائع فلا يقبل هذا القول. (طعن رقم ٣٠ س ١٨ ق جلسة ١٩٤٩/١٢/١٥)

يســـري التصــــرف فـــيما عـــدا ذلك في مواجهة الشركاء . وله طلب التعويض من المتصرف بسبب عدم تنفيذ التزامه.

ثانـــيا: وإما طلب فسخ العقد والرجوع بالتعويض علي المتصرف لعدم تنفيذه ما التزم به في العقد.

المبحث الخامس
قسمة المال الشائع

(أ) أسباب انقضاء الشيوع :

تتعدد الأسباب التي ينقضي بها الشيوع :

ينقضي الشيوع بناء علي تصرف قانوني كأن يتم بيع المال الشائع إلي الغير باتفاق الشركاء، أو كأن يشتري أحد الشركاء أنصبة الباقين.

ولعل أهم أسباب انقضاء الشيوع هو القسمة، فالشيوع – مهما طالت مدته – حالة مؤقتة تنتهي إما باستقلال أحد الشركاء أو الغير بالمال الشائع، وإما بتحول حق كل شريك إلى ملكية مفرزة من خلال قسمة المال الشائع[1].

(ب) الحق في طلب القسمة :

لا يشجع المشرع قيام الشيوع نظراً لأنه يشكل عقبة في سبيل استغلال المال الشائع بصورة اقتصادية مرضية، فكثيراً ما تثور المنازعات والمشاحنات بين الشركاء حول الإدارة والانتفاع، لذلك يقرر

---

(١) من المقرر أن قسمة المال هي إجراء لا يمس موضوع الحق فيه، والأصل أن تعلق القسمة علي الفصل في المنازعة في هذا الحق لا يحول دونه. فإذا صدر حكم بإجراء القسمة علي أساس حكم بتقسيم الميراث صدر من المحكمة الشرعية في حق بعض الورثة وحكم من محكمة الاستئناف المدنية بالتعويل في حق وارث آخر علي حكم المحكمة الشرعية، فان صيرورة حكم القسمة نهائياً حائزاً قوة الأمر المقضي لا يحول دون الطعن بالنقض في حكم محكمة الاستئناف، لأن مصير هذا الحكم إذ يكون معلقاً بنتيجة الفصل في الطعن فيه فان حكم القسمة يتعلق بهذا المصير نفسه. (الطعنان ٣٦، ٤٧ لسنة ١٧ ق – جلسة ١٩٤٩/٥/١٩).

المشـــرع الحق في طلب القسمة لكل شريك، ولا يجوز، كقاعدة عامة، إلزامه بالبقاء في الشيوع.

ونظـــراً لأن هـــذا الحـــق متفرع عن حالة الشيوع فانه يثبت لكل شريك ومن يحل محله في هذا الوصف، أي للخلف العام (الوارث مثلاً) أو الخلـــف الخاص أي المتصرف إليه في حصة شائعة . ولكن لا يثبت الحـــق فـــي طلـــب القســـمة للمتصرف إليه في حصة مفرزة لأن هذا التصـــرف لا يـــنفذ في مواجهة باقي الشركاء، ومن ثم لا يترتب عليه حلول المتصرف إليه محل الشريك المتصرف في الشيوع[1].

ويجوز لدائني الشريك طلب القسمة باسمه عن طريق الدعوي غير المباشـــرة . ويتطلب القانون إدخالهم في إجراءات القسمة، كما سنري، وذلك حماية لهم من تواطؤ الشركاء بقصد الإضرار بحقوقهم[2].

والحـــق فـــي طلـــب القسمة يظل للشريك بصفة دائمة ولا يسقط بالتقادم مهما طالت مدة عدم استعماله لأنه مرتبط بوجود حالة الشيوع.

(ج) تقييد الحق في طلب القسمة :

الأصـــل أن لكل شريك الحق في طلب قسمة المال الشائع في كل وقـــت، إلا أن هـــذا الحـــق قـــد يرد عليه قيد بمقتضي نص قانوني أو بمقتضي اتفاق الأطراف[3].

أولا : فقـــد يقـــيد القانـــون الحق في طلب القسمة، فإذا تبين من الغرض الذي أعد له الشيء المشترك أنه لا يتحقق إلا ببقائه دائماً علي الشـــيوع، فليس للشركاء أن يطلبوا قسمته، ولكل شريك حق بيع حصته شائعة.

---

(١) انظر ما سبق ص ١٠٩.

(٢) انظر فيما يلي ص ١٤٧.

(٣) حسن كيره ، ص ١٩٦.

لا يجوز طلب القسمة إذا كانت تتعارض مع الغرض الذي أعد له المال المشترك، ويبدو ذلك في حالات الشيوع الإجباري حيث أن هناك بعض الأحوال التي تعد لغرض لا يتحقق إلا ببقاء الشيوع بين الشركاء كبئـــر للـــري أو مجري أو قنطرة أو حائط فاصل مشترك أو الأجزاء المشـــتركة في ملكية الطبقات، هنا يبقي الشيء دائماً علي الشيوع جني يـــتحقق الغرض منه، ولا يكون للشركاء طلب قسمته، لما يترتب علي ذلـــك مـــن ضرر، وإنما يكون للشريك الحق في بيع حصته لشريكه أو للغير[1].

ثانياً : ويجوز أن يتفق الشركاء علي البقاء في الشيوع مدة معينة . يلـــزم هـــذا الاتفاق الشركاء وخلفائهم. يجوز الاتفاق بين الشركاء علي البقاء في الشيوع مدة معينة للمصلحة. فإذا اتفق الشركاء علي ذلك فليس لأحدهم خلال المدة أن يطلب القسمة إلا لمبرر قوي. ولكن هذا الاتفاق لا يكون ملزماً إلا إذا تم بإجماع الشركاء فإذا تم بين البعض منهم فانه يلزمهم دون الآخرين، حيث يظل لهم الحق في طلب القسمة .

فالأصل أن الشيوع حالة مؤقتة لأنه غالباً ما يكون مجلبة للنزاع، لذا لا يجبر أحد علي البقاء فيه إلا برضائه أو لضرورة[2]. فكل شريك لـــه الحق في طلب القسمة في أي وقت لمجرد التخلص من الشيوع ولو لم يكن هناك أي مبرر، وما لم يوجد قيد علي طلب القسمة، فإن الشريك ينبغي أن يجاب إلي طلبه.

---

(١) م ٨٥٠، ٨٥٦ مدنـــي . وقـــد يجيز القانون للقاضي سلطة منع القسمة بصفة مؤقـــتة، كمـــا فـــي حالة رفع دعوي القسمة علي القاصر أو المحجور عليه أو الغائـــب، حيث يمكن للمحكمة أن توقف القسمة مدة لا تجاوز خمس سنوات إذا ثبت لها أن في التعجيل بها ضرراً جسيماً. (م ٢١ من القانون ١٩٥٢/١١٩).

(٢) وقـــد يـــرد شـــرط البقاء علي الشيوع في وصية، حيث يشترط الموصي علي الـــورثة أو الموصــــي لهـــم ذلـــك لمدة معينة، ولا شك أن مثل هذا الشرط يقع صحيحاً طالما كان لمدة معقولة ولباعث مشروع .

إلا أنــه يجــوز للشركاء الاتفاق علي البقاء في الشيوع مدة معينة للمصلحة، كأن يكون بينهم قاصر يفضلون بلوغه سن الرشد، وقد يكون مــن المناسب اقتصادياً بقاء المال علي الشيوع فترة معينة. هذا الاتفاق يلزم الشركاء وخلفائهم، فلا يكون لأحدهم خلال المدة المتفق عليها طلب القســمة إلا لمبــرر قوي، كما لو طرأ مبرر خطير يستوجب التعجيل بالقسمة، هنا يعتبر امتناع الشركاء عن ذلك استناداً إلى الاتفاق من قبيل التعسف.

ويجب أن تكون مدة الاتفاق علي البقاء في الشيوع محددة، ويبطل الاتفــاق إذا تضــمن تأبيد البقاء في الشيوع. وقد حدد المشرع الحد الأقصى للاتفاق علي الشيوع بمدة خمس سنوات[1]. ولكن يجوز تجديد هذا الاتفاق اكثر من مرة في نهاية كل مدة.

وحيث أن القسمة هي الوسيلة المثلي والغالبة لإنهاء حالة الشيوع، فإننا نعرض لدراستها مبينين أنواعها وآثارها.

المطلب الأول

أنواع القسمة

القســمة هــي معرفة ما لكل شريك في المال وإفرازه بعد موازنة السهام في المثليات وتعديلها في القيميات .

فالقسمة المقصودة هنا هي قسمة الملكية التي تؤدي إلي إنهاء حالة الشــيوع وذلــك من خلال اختصاص كل شريك بجزء مفرز من المال الشــائع يوازي حصته فيه، وهي تختلف عن قسمة المهايأة التي تكون مؤقتة، ويقصد منها تنظيم الانتفاع بالمال الشائع.

---

(١) وقــد نصــت المادة ٨٣٤ مدني علي ذلك بقولها لكل شريك أن يطالب بقسمة المــال الشائع ما لم يكن مجبراً علي البقاء في الشيوع بمقتضي نص أو اتفاق. ولا يجــوز بمقتضي الاتفاق أن تمنع القسمة إلي أجل يجاوز خمس سنين، فإذا كان لأجل لا يجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق في حق الشريك وفي حق من يخلفه .

والقسمة قد تكون اختيارية بالتراضي بين الشركاء (قسمة اتفاقية)، وقد تكون جبرية بأمر القضاء (قسمة قضائية).

والقسمة القضائية قد تتم عيناً (قسمة عينية) حيث يحصل كل شريك علي جزء مفرز من المال الشائع، وقد تتم بطريق التصفية حيث يباع المال لعدم إمكان قسمته ويوزع الثمن علي الشركاء.

ونعرض لكل من نوعي القسمة: الاتفاقية والقضائية في مطلب مستقل.

الفرع الأول
القسمة الاتفاقية

تتم القسمة بالاتفاق الصريح بين الشركاء، وقد تتم بالتوافق الضمني عليها (القسم الفعلية)، وقد تتم القسمة أخيراً بإرادة المورث (الوصية بالقسمة). ونعرض لذلك علي التوالي :

الغصن الأول
الاتفاق علي القسمة

للشركاء إذا انعقد إجماعهم أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها. فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجب مراعاة الإجراءات التي نص عليها القانون[١].

(أ) التراضي علي القسمة :

القسمة الاتفاقية هي قسمة اختيارية بالتراضي بين الشركاء، يتفق فيها الشركاء جميعاً علي أن يأخذ كل منهم نصيبه من المال المشترك

---

(١) م ٨٣٥ مدني.

طــبقاً لمـــا تراضوا عليه، وهي بمثابة عقد، ومن ثم فإنها تكون ملزمة للشركاء وخلفائهم(١).

---

(١) للشــريك علـــي الشـــيوع فـــي عدة عقارات أن يبيع حصته شائعة في بعض العقـــارات وإذا سجل المشتري عقده انتقلت إليه حصة البائع في هذا البعض من العقـــارات شائعاً ويصبح دون الشريك البائع هو صاحب الشأن في القسمة التي تجري بخصوص هذه الأعيان اتفاقا أو قضاء فإذا تجاهله شركاؤه وأجروا قسمة هـــذه الأعيان مع الشريك الذي باع نصيبه بعقد مسجل فلا يجوز الاحتجاج بهذه القســـمة علـــي المشتري الذي سجل عقده قبل تسجيل عقد القسمة ولا يغير من ذلـــك أن يكـــون الشـــريك الـــبائع قد باع أكثر من نصيبه في بعض العقارات المشـــتركة، ذلـــك لأن البـــيع يعتبر صحيحاً نافذاً في القدر الذي يملكه البائع – والمشـــتري دون الـــبائع – هو الذي يستطيع التحدث عن هذا القدر إذا ما أراد الشركاء قسمة العقارات المشتركة. (الطعن ١٥٤ لسنة ٢٢ ق – جلسة ٢٠/١٠/١٩٥٥)

إذا أقـــر الورثة القسمة التي أجراها الخبير المنتدب من قبل المحكمة، وصدقت المحكمـــة علـــي هذه القسمة وسجل محضر الخبير، ثم تصرف أحد الورثة في نصيبه المقسوم كله أو بعضه بعقود مسجلة أو ثابتة التاريخ، ثم اتفق الورثة فيما بيـــنهم بعـــد ذلـــك علي تقسيم جديد لتلك الأطيان لم يدخلوا فيه معهم من تلقي الملكـــية بطـــريق الشراء عن أحدهم، فعقد الاتفاق الأخير لا يعتبر قسمة جديدة نافـــذة علي أولئك المشترين، وإنما هو عقد بدل بين ملاك، لا يكون حجة علي غيـــر المقتســـمين إلا إذا سجل. وبدون ذلك لا يمكن الاحتجاج بهذا البدل علي الغيـــر الذي اكتسب حقاً علي الحصة التي اختص بها الوارث البائع له بموجب القسمة الأولي وحفظ هذا الحق بالتسجيل. (الطعن ١٦ لسنة ١ ق – جلسة ١٧/١٢/١٩٣١)

إذا اشتري زيد قدراً مفرزاً من الأطيان من وارث ثم باع هذا القدر إلى بكر، ثم رفـــع وارث آخـــر دعوي بطلب تثبيت ملكيته لنصيبه شائعاً في التركة اختصم فـــيها اخوته وزيداً وبكراً، فقضت المحكمة برفض دعواه تأسيساً علي أن قسمة حصـــلت بينهم وأن هذه القسمة ملزمة له ولبقية الورثة لإجازته عقدها وموافقة جمـــيع الورثة عليه وأنه بموجب هذه القسمة يملك نصيبه في التركة مفرزاً، ثم رفـــع هـــذا الـــوارث دعوي علي زيد وبكر طلب فيها الحكم بتثبيت ملكيته إلى
=

يتضح من ذلك أن القسمة الاتفاقية لا تتم إلا بإجماع الشركاء، ولا تكفـــي الأغلبـــية أيا كانت قيمتها، فان رفض بعض الشركاء أو أحدهم القسمة، فإنها لا تتم إلا بواسطة القضاء (القسمة القضائية).

ولكـــن مـــا حكـــم القسمة التي يوقع عليها بعض الشركاء؟ تجيب محكمـــة عـــن ذلك بقولها: "إن القسمة التي لا يجمع عليها الشركاء لا يتـــرتب عليها إنهاء حالة الشيوع إلا أن عقد القسمة الذي يوقعه بعض الشركاء – وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة – لا يعتبر باطلا لعدم توقـــيعه من جميع الشركاء، وهو وان كان لا يصلح للاحتجاج به علي مـــن لـــم يوقعه إلا أنه يعتبر ملزما لكل من وقعه ولا يجوز لأحد منهم الـــتحلل من التزاماته بحجة تخلف أحد الشركاء عن التوقيع ويظل العقد

القـــدر الـــذي اشـــتراه زيد وباعه إلى بكر تأسيساً علي أن هذا القدر يدخل فيما اخـــتص بـــه بموجب عقد القسمة، فدفع بكر هذه الدعوي بأن عقد القسمة باطل لأن بعـــض الورثة لم يوقعوا عليه ومنهم الوارث البائع لبائعه، فقضت المحكمة لـــه بتثبيت ملكيته لهذا القدر مؤسسة قضاءها علي أن عقد القسمة صحيح ملزم لجمـــيع الورثة ومن تلقوا حقوقاً عينية منهم، وأنه علي فرض أن الوارث البائع لـــم يوقعه فإن بكراً كان ممثلاً في الدعوي السابقة ولم يبد اعتراضاً علي العقد عندما بحثته المحكمة في مواجهته وأن زيداً حين اشتري من ذلك الوارث البائع كـــان الـــوارث مالكـــا علي الشيوع فكان بيعه متوقفاً علي نتيجة القسمة ومادام المبيع لم يقع في نصيبه فلا يكون لبيعه أثر، فهذا الحكم لا خطأ فيه . أما الطعن علـــيه بمقـــولة أنه أخطأ إذ اعتبر بعقد القسمة مع أنه لم يكن مسجلاً فلا يجوز الاحـــتجاج بـــه قبل من تلقوا حقوقاً عينية من الورثة بعقود مسجلة وبأنه لم يلق بـــالا إلـــى أن هذه القسمة باطلة بالنسبة إلى بكر لأنها قد حصلت في غيبته هو وزيـــد الـــبائع لـــه، فهو طعن مردود، مادام كل ما أثاره بكر من منازعة لدي محكمـــة الموضـــوع في عقد القسمة انحصر في أنه لم يوقع عليه الوارث الذي بـــاع لزيد الذي باع له فهو غير ملزم له، وما رد به الحكم علي هذه المنازعة كـــاف ولا خطأ فيه، أما ما عدا ذلك مما لم يقدم دليل علي سبق التمسك به لدي محكمة الموضوع فلا يعتد به.(الطعن ٤ لسنة ٢٠ ق، جلسة ١٩٥١/١٢/٦)

قائماً وللشريك الذي لم يوقعه الحق في إقراره متي شاء فينصرف أثره إليه[1].

المقـــرر أن عدم نفاذ عقد القسمة في حق الشريك المشتاع الذي لم يوقع عليه لا يتعلق بالنظام العام، وإنما يكون التمسك بعدم نفاذه للشريك الذي لم يوقعه أو لخلفه[2].

حـــق الشـــريك في إقرار عقد القسمة الذي لم يكن طرفاً فيه يظل قائمـــاً لـــه ما بقيت حالة الشيوع ويكون لورثته من بعده، ذلك أن عقد القســـمة ليس من العقود التي لشخصية عاقديها اعتبار في إبرامها لأنها لـــو لم تتم بالرضا جاز إجراؤها قضاءً، ولا يحول دون مباشرة الورثة لهـــذا الحـــق كون العقد الذي لم يوقع أحد الشركاء ممن خص بنصيب مفـــرز فيه يعتبر بمثابة إيجاب موجه إلى ذلك الشريك فلا خلافة فيه إذ هو في قصد من وقعه إيجاب لا لشخص الشريك الآخر بالذات بل لكل من يتملك نصيبه، ومن ثم فانه لا ينقضي بموت ذلك الشريك[3].

---

(١) الطعن ٢٧٤ لسنة ٥٣ ق – جلسة ١٩٨٨/٤/٢١؛ الطعن ٢٧٣٠ لسنة ٥٧ ق، جلسة ١٩٩٢/٢/٢٠.

(٢) الطعن ٧٣١ لسنة ٥٣ ق – جلسة ١٩٨٧/٦/٢٥.

جـــري قضـــاء محكمـــة الـــنقض بأن البطلان المترتب علي عدم تمثيل بعض الشـــركاء في إجراءات دعوي الفرز والتجنيب هو بطلان نسبي لا يحق التمسك به إلا للشريك الذي لم يكن طرفا فيه. (الطعن ٢٢٠ لسنة ٢٢ ق – جلسة ٢٤/ ١٩٥٥/١١)

لـــيس للمســـتأجر أن يجادل المؤجر في سند ملكيته وعما إذا كان له الحق في القســـمة التي أجراها أو أن هذه القسمة قد شابها بطلان أو مخالفة للقانون. متي كـــان المســـتأجر قد استأجر نصيباً مفرزاً في الأرض بما عليه من المباني فلا صـــفة لـــه في التمسك بأن القسمة بين الشركاء إنما وردت علي الأرض دون البناء. (الطعن ٩٦ لسنة ٢٢ ق – جلسة ١٩٥/١١/٣)

(٣) الطعن ٧٨ لسنة ٢٢ ق – جلسة ١٩٥٥/٥/١٩

ومن المقرر أن القسمة الاتفاقية عقد كسائر العقود ومن ثم تخضع للقواعد العامة فلا يجوز إثباتها إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها إذا زادت قـيمة المـال المقسوم علي نصاب الإثبات بشهادة الشهود[1]. وتخضع للقواعد العامة في صحة العقد[2].

فالحكم الذي يقضي برفض دعوي صحة ونفاذ عقد قسمة لم يتخلف عن توقيعه مـن الشـركاء الأصليين سوي واحد فوقعه ورثته، مستنداً في ذلك إلى أن أحد موقعـي العقد يحق له أن يتحدى بعدم توقيع أحد الشركاء وأن يعتبر العقد غير ملزم له لوفاة هذا الشريك دون توقيعه ولأن ورثته لا يستطيعون قبول العقد بعد وفاته – هذا الحكم يكون مخالفا للقانون. (الطعن ١٠٦ لسنة ١٨ ق – جلسة ٢٣ /١٩٥٠/٢)

(١) الطعن ١٥١ لسنة ٣٣ ق – جلسة ١٩٦٧/٤/٢٠ س ١٢ ص ٨٥٠

(٢) إذا رفضـت المحكمة دعوي بطلان القسمة بناء علي أن ما يقوله المدعي من أن الأرض التـي اختص بها بموجب العقد وجدت بعد مساحتها تغاير المقادير الموضـحة فـيه لا يؤثـر في صحة القسمة ووجوب احترامها فإنها لا تكون مخطـئة في ذلك، لأن اختلاف المساحة لا يؤثر في صحة العقد مادام قد احتيط فـيه بذكـر ان المقادير تقريبية، مما ينتفي معه القول بوجود غش أو خطأ في القسمة . الطعن ٩٩ لسنة ١٣ ق – جلسة ١٩٤٤/٥/١١

إذا كان الثابت أن الاستئناف لم يعلن للمستأنف عليها الثالثة ودفع الحاضر عنها باعتـبار الاسـتئناف كأن لم يكن فإنه كان يتعين علي المحكمة قبول هذا الدفع. ولمـا كـان الحكم المستأنف صادراً في موضوع غير قابل للتجزئة هو صحة ونفاذ القسمة التي تمت بين أطراف الخصومة فإن بطلان الاستئناف بالنسبة لها يستتبع بطلانه بالنسبة لجميع المستأنف عليهم. نقض ١٩٧٠/٣/١٢ س ٢١ ص ٤٤٠

إذ كـان مـن المقرر أن عقد القسمة ينعقد بين الشركاء في ملكية المال الشائع ومحلـه المـال المملوك ملكية شائعة بين الجميع وهو من العقود التبادلية التي تـتقابل فـيها الحقوق، وكان المطعون عليهما الأول والثاني لا يملكان في مال مـورث الطاعنين – الثلاثة أفدنه التي اشتراها من المطعون عليه الأخير شيئاً، فـإن اقتسام هذا القدر لا تتوافر فيه شرائطه المقررة في القانون لعقد القسمة .

وإذا تراضـــي جميع الشركاء علي القسمة، فإنها يمكن أن تتم بأية طــريقة تــروق لهم، فقد يجرون القسمة بطريقة عينية أي بإعطاء كل شـــريك جزءاً من المال الشائع، وقد يجرون القسمة بطريق التصفية في حالـــة تعـــذر القسمة العينية، حيث يتم بيع المال بالممارسة أو بالمزاد ويوزع الثمن علي الشركاء.

للشركاء البالغين أن يقسموا المال المشترك بينهم اختياراً بالطريقة التي يرتضونها ويجوز فيها جمع الأشياء المتماثلة والمختلفة، كما يجوز فيها جمع نصيب اثنين أو أكثر في قسم واحد، ولهم أن يقسموا بأنفسهم أو بواسطة عدل، كما يحق لهم تعديل الحصص بالنقد.

وقـــد استقر قضاء محكمة النقض علي أن عقد القسمة يعتبر من العقـــود التبادلية التي تتقابل فيها الحقوق ومن التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر فيخرج بذلك من نطاق أعمال الإدارة التي تكفي فيها الوكالة العامة ويستلزم وكالة خاصة أو وكالة عامة ينص فيها صراحة علـــي تفـــويض الوكيل في ابرامه، والمناط في التعرف علي مدي سعة الـــوكالة مـــن حيث ما تشتمل عليه من تصرفات قانونية فوض الموكل الوكـــيل فـــي إجرائها يتحدد بالرجوع إلى عبارة التوكيل ذاته وظروف الدعوى وملابساتها[1].

وكـــان مؤدي ذلك أن مورث الطاعنين يكون قد تنازل عن ماله لاخوته بدخوله فـــي عقـــد القســـمة دون مقابل مما يجعل العقد هبة مستورة في عقد قسمة فقد شـــروطه القانونـــية ولم تتم باعتبارها هبة – في ورقة رسمية فتقع باطلة طبقاً لـــنص المادة ٤٨٨ من القانون المدني، هذا الي أنه يكون قد تنازل بموجب هذه القســـمة عـــن مال لاخوته دون سبب مما يفقد العقد ركناً من أركانه ويضحي التـــزامه فـــيه بـــاطلاً بطلاناً مطلقاً طبقاً لنص المادة ١٣٦ من القانون المدني. (نقض ١٩٨٠/٦/١٠ س ٣١ ص ١٧٣٢)

(١) لمـــا كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد جري قضاؤه بما يخالف هذا النظر بـــأن اعتبـــر التوكيل الصادر من الطاعنين الثالث والخامسة إلى الطاعن الأول =

(ب) الطعن علي القسمة الاتفاقية (الغبن):

القســمة الاتفاقية هي عقد، ومن ثم فهي تخضع للقواعد العامة من حــيث انعقادهــا أو صحتها . فيمكن طلب بطلان الاتفاق علي القسمة لــنقص أهلــية أحد الشركاء، أو لعيب من عيوب الإرادة كالتدليس أو الإكــراه أو الاســتغلال أو الغلط، فقد يقع خطأ في حساب نصيب أحد الشركاء جهلاً منهم بأحكام الشريعة في الإرث مثلاً.

وقد أجاز المشرع الطعن علي القسمة الاتفاقية بسبب الغبن. حيث "يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقــه مــنها غبن يزيد علي الخمس، علي أن تكون العبرة في التقدير بقــيمة الشيء وقت القسمة. ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة. وللمدعي عليه أن يقف سيرها ويمنع القسمة من جديد، إذا أكمل للمدعــي نقداً أو عيناً ما نقص من حصته"[١]. يتضح من ذلك النص أن هناك عدة شروط للطعن بالغبن علي القسمة الاتفاقية:

يتســع لإجــراء القسمة نيابة عنهما بحسبانها كاشفة عن الحق وليست منشئة له ورتــب علي ذلك انصراف اثر عقد القسمة الذي أبرمه إليهما ودون أن يعرض لعــبارة هــذا التوكيل لبيان مدي سعة الوكالة وما إذا كانت تشمل تفويض هذا التوكــيل تفويضــا خاصــا فــي إجراء القسمة من عدمه فانه يكون فضلاً عن مخالفته القانون معيباً بالقصور وقد حجبه ذلك عن تحقيق دفاع الطاعنين الثالث والخامسة من أن التوكيل الصادر منهما إلى الطاعن الذي مثلهما في عقد القسمة ووقــع عليه بصفته وكيلاً عنهما هو توكيل عام قاصر علي أعمال الإدارة دون التصــرفات التي تستلزم وكالة خاصة وهو منهما دفاع جوهري لو صح لتغير بــه وجه الرأي في الدعوى بالنسبة لانصراف اثر عقد القسمة إليهما بما يوجب نقضه – في هذا الخصوص. (الطعن ٢٧٤ لسنة ٥٢ ق – جلسة ١٩٨/٤/٢١)

(١) م ٨٤٥ مدني.

١- يجـوز الطعـن بالغـبن علـى القسمة الاتفاقية دون القسمة القضـائية، أيـا كانت الأموال المقسومة، عقاراً أو منقولاً، وسواء كان المتقاسم المغبون قاصراً أو رشيدا .

٢- وقوع غبن لأحد المتقاسمين يزيد على خمس ما يستحقه، ولو لـم يكن هناك استغلال لطيش أو هوى. فإذا لم يبلغ الغبن هذا القدر فلا مطعـن علـى القسـمة، فـلا يكفى مجرد وجود تفاوت فى الأنصبة. وللتعـرف على وجود الغبن تكون العبرة فى التقدير بقيمة الشيء وقت القسـمة، ومن ثم لا يعتد بقيمة الشيء وقت نشوء حالة الشيوع أو وقت رفع الدعوى.

٣- ينبغى رفع دعوى الغبن خلال السنة التالية للقسمة، وهذه مدة سقوط لا مدة تقادم، لا يرد عليها وقف أو انقطاع[1].

---

(١) المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه يترتب على انصراف آثار العقد إلى الخلف العام طبقًا لنص المادة ١٤٥ من القانون المدنى أنه يسرى فى حقه ما يسرى فى حـق السـلف بشأن هذا العقد فلا يشترط إذن ثبوت تاريخ العقد أو تسجيله متى يكـون التصـرف حجة للخلف أو عليه لأنه قائم مقام المورث ويلتزم بتنفيذ ما التـزم بـه مورثه. لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن الطاعن هو أحد ورثة الشريك الذى أبرم عقد القسمة ومحل النزاع مع المطعون ضدهما ومن ثم فإن أثر هذا العقد ينصرف إليه باعتباره خلفًا عامًا لمورثه ــ وليس خلفًا خاصًا كمـا يدعى ــ ويكون حجة عليه دون توقف على ثبوت تاريخه أو تسجيله وفى طلـبه نقض القسمة للغبن يسرى فى حقه ما يسرى فى حق مورثه من وجوب تقـديم هـذا الطلـب فى خلال السنة التالية للقسمة طبقا لنص الفقرة الثانية من المادة ٨٤٥ من القانون المدنى. (الطعن ٤٣٢ لسنة ٥٧ق، جلسة ١٥/٤/١٩٩).

إذا كانت حالة الشيوع بين الشريكين قد زالت بقسمة الأرض بينهما وأصبح كل مـنهما وقـت أن تصرف فى حصته مالكًا لها ملكًا مفرزًا محددًا، فإن أيهما لا يضـمن فى هذه الحالة إلا المساحة التى يبيعها على التحديد فى عقد البيع. ولا شـأن للآخر بأى عجز يظهر فى المبيع. وذلك لأن تحمل كل منهما نصيبًا من العجـز لا يكون إلا مع بقاء حالة الشيوع بينهما، أما بعد القسمة فإن كلاً منهما =

٤- يجــب ألا يكون المتقاسم المغبون قد تنازل صراحة أو ضمنًا عن حقه فى التمسك بنقض القسمة، كما لو قام بتنفيذ القسمة رغم علمه بتعرضه للغبن، أو تسلم حصته والتصرف فيها.

وتطبــيقًا لــذلك قضــت محكمة النقض بأن الغبن الذى يزيد على الخمــس عيبًا فى عقد القسمة يجيز بذاته للشريك المغبون طلب نقضها ولهذا الشريك أن يجيز القسمة التى لحقه منها غبن فتصبح بعد ذلك غير قابلة للنقض وهذه الإجازة كما تكون صريحة يجوز أن تكون ضمنية إذ القانون لم يشترط لتحققها صورة معينة، وتصرف الشريك المغبون فى كل أو بعض نصيبه بعد علمه بالغبن الذى لحقه وظروفه يمكن أن يعتبر إجــازة ضــمنية للقسمة ونزولاً منه عن حقه فى طلب نقضها إذا دلت ظروف الحال على أن نيته قد اتجهت إلى التجاوز عن هذا العيب وإلى الرضــاء بالقسمة رغم وجوده. ونقدير تلك الظروف وتعرف هذه النية من شئون محكمة الموضوع[1].

٥ - يســقط الحق فى طلب نقض القسمة للغبن إذا أكمل المدعى علــيه ما نقص من حصة المتقاسم المغبون نقدًا أو عينًا. ويترتب على ذلك وقف سير الدعوى واستقرار القسمة.

فــإذا توافــرت شروط دعوى الغبن وتم نقض القسمة عادت حالة الشيوع من جديد بأثر رجعى، حيث تعتبر القسمة كأن لم تكن، ويترتب

يــتحمل العجــز الذى وقع فى الحصة التى اختص بها. (الطعن ٣٩ لسنة ٩ق، جلسة ١٩٣٩/١١/٣٠)

(١) نقض ١٩٦٨/١٢/٥ س ١٩ ص ١٤٨٠.

المــادة ١/٨٤٥ مــن القانــون المدنــى تجيز للمتقاسم نقض القسمة الحاصلة بالتراضــى إذا أثبت أنه قد لحق غبن يزيد عن الخمس، إلا أنه طبقًا لحكم الفقرة الأولــى مــن المــادة ١٣٩ مــن القانون المذكور يزول حق المتقاسم فى ذلك بالإجازة الصريحة أو الضمنية. (الطعن ٤٨٣ لسنة ٤٩ق، جلسة ١٩٨/١١/٧)

علـــى ذلك زوال تصرفات الشركاء فى الأموال المفرزة التى وقعت فى نصيب كل منهم نتيجة القسمة.

وتقـــرر محكمة النقض بأن الغبن الذى يزيد على الخمس عيبًا فى عقـــد القسمة يجيز بذاته طلب نقضها، ومن ثم فإذا وقع فى القسمة غبن بالمقـــدار الذى حدده القانون. جاز للشريك المغبون أن يرجع على باقى الشركاء بالغبن حتى ولو كان سبب الاستحقاق قد استبعد فِى عقد القسمة مـــن أن يكـــون ســـببًا للـــرجوع بالضـــمان وذلك تحقيقًا للمساواة بين المتقاسمين[1].

(ج) وجود شريك ناقص الأهلية:

إذا كـــان مـــن بـــين الشركاء من هو ناقص الأهلية وجب مراعاة الإجراءات التى نص عليها القانون عند إجراء القسمة وإلا وقعت باطلة. وقد وضع القانون إجراءات معينة لحماية ناقص الأهلية ومن فى حكمه، كالغائب.

يجـــب علـــى الوصى أن يستأذن المحكمة فى قسمة مال القاصر بالتراضـــى إذا كانـــت لـــه مصلحة فى ذلك. فإذا أذنت المحكمة عينت الأســـس التي تجري عليها القسمة والإجراءات الواجبة الاتباع. وعلي الوصـــي أن يعـــرض علـــي المحكمة عقد القسمة للتثبت من عدالتها. وللمـــحكمـــة فـــي جمـــيـــع الأحوال أن تقرر اتخاذ إجراءات القسمة القضائية[2].

وتعبـــر محكمـــة النقض عن ذلك بقولها: إجراء القسمة بالتراضي جائـــز ولـــو كان بين الشركاء من هو ناقص الأهلية، علي أن يحصل الوصـــي أو القيم علي إذن من الجهة القضائية المختصة بإجراء القسمة علي هذا الوجه وعلي أن تصدق هذه الجهة علي عقد القسمة بعد تمامه

---

(١) نقض ١٩٧٥/٤/١ س ٢٦ ص ٧٢٨.

(٢) منصور مصطفى منصور، ص ١٨٦.

حتـــى يصـــبح نافذاً في حق ناقص الأهلية . وإذ كان البطلان المترتب علـــي عدم مراعاة هذه الإجراءات قد شرع لمصلحة القاصر ومن في حكمـــه حتى لا يتعاقد الوصي أو القيم علي تصرف ليس له في الأصل أن يستقل به، فإن هذا البطلان يكون نسبياً لا يحتج به إلا ناقص الأهلية الذي يكون له عند بلوغه سن الرشد إن كان قاصراً أو عند رفع الحجر عـــنه إن كـــان محجوراً عليه التنازل عن التمسك بهذا البطلان وإجازة القسمة الحاصلة بغير اتباع هذه الإجراءات[١].

وتقرر أن عقد القسمة من العقود التبادلية التي تتقابل فيها الحقوق، ومن التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر ومن ثم فإذا كان أحد أطـــرافها قاصراً فإن عقد القسمة يكون قابلاً للإبطال لمصلحته ويزول حق التمسك بالإبطال بإجازته التصرف بعد بلوغه سن الرشد[٢]. أي أن الـــبطلان المتـــرتب علي عدم اتباع الإجراءات الواجب اتباعها بالنسبة للشركاء القصر في عقد القسمة هو بطلان نسبي لا يحق لغير من شرع لمصلحته من الشركاء التمسك به[٣].

أمـــا بالنســـبة للولي الشرعي، سواء كان هو الأب أو الجد، فليس هناك ما يقيد سلطته في الاتفاق علي قسمة أموال القاصر الشائعة.

ويســـري في شأن قسمة مال الغائب والمحجور عليه ما يسري في شأن قسمة مال القاصر من أحكام[٤].

---

(١) نقض ١٩٦٤/١/٢٣ س ١٥ع١ص ١٣١؛ الطعن ٢٤٥٠ س ٥٧ ق جلسة ١٦/ ١٢/١٩٩٠.

(٢) نقض ١٩٦٢/٥/٣ س ١٣ ص ٥٩٥.

(٣) نقض ١٩٦٩/١١/٦ س ٢٠ ص ١١٦٤.

(٤) م ٤٠، ٧٩ مـــن قانـــون الولاية علي المال، مع خلو هذا النص من قيد مماثل بالنسبة للولي في مجال القسمة، علي أن للولي أن يجري القسمة بالتراضي عن أولاده القصر دون حاجة لاستئذان محكمة الأحوال الشخصية أو الحصول علي =

الغصن الثاني
القسمة الفعلية

تـــتم القسمة الفعلية للمال الشائع، دون اتفاق صريح بين الشركاء، في إحدى حالتين : التوافق الضمني، قسمة المهايأة .

(أ) التوافق الضمني علي القسمة :

يمكـــن أن تـــتوافق إرادة الشركاء في الشيوع ضمناً علي إجراء القســـمة، فالقسمة لا تتم هنا باتفاق صريح بين الشركاء، وإنما يمكن أن تستفاد ضمناً من الظروف .

مـــثال ذلك قيام أحد الشركاء بالتصرف في جزء مفرز من المال الشـــائع يعـــادل حصته، ثم يتبعه في ذلك باقي الشركاء، حيث يقوم كل منهم بالتصرف في جزء مفرز معادل لحصته، فإن مثل هذا السلوك يدل علي الرضاء بتلك القسمة الفعلية التي تمت بالفعل بين الشركاء .

وتعبـــر محكمة النقض عن ذلك بقولها : القسمة الفعلية تتحقق في صـــورة ما إذا تصرف أحد الملاك المشتاعين في جزء مفرز من المال الشـــائع يعادل حصته ثم ينهج نهجه سائر الشركاء ويتصرف كل منهم في جزء مفرز يعادل حصته في المال الشائع فيستخلص من تصرفاتهم هـــذه ضمناً أنهم ارتضوا قسمة المال الشائع فيما بينهم علي الوجه الذي تصرفوا علي مقتضاه، ويكون نصيب كل منهم هو الجزء الذي سبق أن تصرف فيه، ويعتبر المتقاسم مالكاً وحده للحصة المفرزة التي آلت إليه من وقت أن تملك في الشيوع وأنه لم يملك غيرها في بقية الحصص[1].

موافقـــتها علي مشروع تلك القسمة. (الطعن ٧٠٢ لسنة ٥١ ق، جلسة ٦/١١/١٩٨٥)

(١) طعـــن ٢٤٩٨ س ٧ ق جلسة ١٧/٧/١٩٩١ نقض ٢٥/٢/١٩٧٥ س ٢٦ص ٤٧٨.

(ب) تحول قسمة المهايأة إلي قسمة نهائية :

إن قسمة المهايأة هي وسيلة عملية لتنظيم الانتفاع بالمال الشائع، وهي تتم بالاتفاق الصريح أو الضمني بين الشركاء . وتتحول تلك القسمة الي قسمة نهائية طبقاً للقواعد الآتية[1]:

١- يتفق الشركاء في قسمة المهايأة المكانية علي أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته في المال الشائع، متنازلاً لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء .

٢- لا يصح هذا الاتفاق لمدة تزيد علي خمس سنين. فإذا لم تشترط لها مدة أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد، كانت مدتها سنة واحدة تتجدد إذا لم يعلن الشريك الي شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب في التجديد.

٣- وإذا دامت هذه القسمة خمس عشرة سنة، انقلبت قسمة نهائية، ما لم يتفق الشركاء علي غير ذلك. وإذا جاز الشريك علي الشيوع جزءاً

إذا طلب بعض الورثة تثبيت ملكيته لنصيبه شائعًا، وتبينت المحكمة من تقرير الخبير الذى ندب فى الدعوى أنه بعد أن تصرف أحد الورثة فى جزء محدود من الأطيان المخلفة عن المورث تصرف سائرهم بالبيع فى أنصبتهم محددة. كذلك وتسلم المشترون منهم ما اشتروه ووضعوا اليد عليه محددًا، وأصبحوا هم جميعًا لا يملكون شيئًا فى هذه الأطيان، ثم رأت أن تصرف سائر الورثة على هذه الصورة فيه إجازة لما تصرف فيه ذلك الوارث وأن هذا التصرف وقع صحيحًا لأنه كان فى حدود القدر الذى يملكه بالميراث، ولذلك قضت برفض الدعوى فقضاؤها سليم ولا يمنع من صحة هذا النظر أن يكون تصرف من عدا الوارث الأول لاحقًا لتصرفه، لأن تصرفه هذا ما كان ليرغمهم على قبوله بل لقد كان لهم حق الاعتراض عليه قانونًا، وما داموا هم قد تابعوه وتصرفوا فى أنصبتهم على التحديد كما فعل هو فإن تصرفهم هذا يدل على رضائهم بهذه القسمة الفعلية التى تمت بفعل جميع الورثة على السواء. (الطعن ٣٩ لسنة ١٤ ق، جلسة ١٩٤٤/١٢/٢١)

(١) م ٨٤٦ مدنى.

مفرزاً من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة، أفترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلي قسمة مهايأة، وتتحول بالنسبة للجزء المفرز محل الحيازة إلى قسمة نهائية. إلا أننا أمام قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس(1).

يتضح من ذلك أن قسمة المهايأة المكانية تتحول بقوة القانون إلى قسمة نهائية إذا دامت ١٥ سنة ما لم يتفق الشركاء علي غير ذلك. والحكمة من ذلك أن استمرار المهايأة تلك المدة الطويلة دون أن يرغب أحد في إنهائها هي خير قسمة نهائية يستطيع الشركاء الوصول إليها، وقد وصلوا إليها فعلاً بالتجربة واطمأنوا إلي نتائجها. فإذا كانوا يريدون غير ذلك، فما عليهم إلا أن يتفقوا مقدماً علي أن قسمة المهايأة لا تنقلب إلى قسمة نهائية(2).

---

(١) نصت الفقرة الثانية من المادة ٨٤٦ من القانون المدني علي انه إذا دامت قسمة المهايأة خمس عشر سنة انقلبت قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء علي غير ذلك وأنه إذا حاز الشريك علي الشيوع جزءاً مفرزا من المال الشائع مدة خمس عشر سنة افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة، مفاده أن المشرع أقام قرينة قانونية مؤداها أن حيازة الشريك المشتاع لجزء مفرز من المال الشائع مدة خمس عشر سنة تستند الي قسمة مهايأة. ويكفي في خصوص هذه القرينة أن يقام الدليل علي حيازة الجزء المفرز واستمرار هذه الحيازة المدة المذكورة ليفترض أن هناك قسمة مهايأة والتي إذا دامت خمس عسر سنة انقلبت إلى قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء مقدماً علي غير ذلك إعمالا للشق الأول من النص سالف الذكر. (الطعن ٢٢٦٦ لسنة ٥١ ق – جلسة ١٢/٥/١٩٨٥)

(٢) يشترط وفقاً للمادة ٢/٨٤٦ من القانون المدني حتى تتحول قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية أن تدوم حيازة الشريك للجزء المفرز من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة، وأن لا يكون الشركاء قد اتفقوا مقدماً علي خلاف ذلك. (نقض ١٩/٣/١٩٨١ س ٣٢ ص ٨٧١، الطعن ١٤ لسنة ٥٢ ق، جلسة ٦/٥/١٩٨٥)

(ج) مجرد وضع اليد لا يعني القسمة (إثبات حصول القسمة):

استقر قضاء النقض علي أن مجرد وضع يد الشريك علي جزء مفرز يعادل حصته في الملك الشائع للانتفاع بها أو مجرد وجود مسقي فاصلة بين وضع يده ووضع يد شركائه – لا يقطع في حصول القسمة بين الشركاء(1).

وقضت بأن قسمة منفعة وحدات العقار قسمة مهايأة مكانية مع بقاء الشيوع قائمًا فى ملكية الأرض والأجزاء المشتركة والمستحدثة. لا يترتب عليه تحول القسمة المكانية إلى قسمة نهائية أو زوال حالة الشيوع. أثره. للشريك طلب الأخذ بالشفعة بوصفه شريكًا على الشيوع فى هذا العقار ولو استمرت القسمة خمسة عشر سنة(2).

وقضت بان قسمة المال الشائع تتم بتعيين جزء مفرز من هذا المال لكل شريك لينفرد بملكيته دون باقي الشركاء، والتسليم الفعلي للمبيع في البيع علي الشيوع – يتم بمجرد وضع القدر المباع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به خلفاً للبائع في حقوقه وهو ما لا تنتهي به حالة الشيوع ولا يعتبر قسمة للمال الشائع(3).

وقضت بأن لكل من الشركاء علي الشيوع حق تأجير المال الشائع كله أو بعضه من غير أن يعتبر ذلك دليلاً علي حصول قسمة هذا المال، وإذن فمتي كان الطاعن في مقام الاستدلال علي حصول قسمة

إن حيازة الشريك على الشيوع بالاتفاق مع باقى الشركاء لجزء مفرز يوازى حصته من المال الشائع مدة خمس عشر سنة تنقلب بها قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية تؤدى إلى ملكيته لهذا الجزء ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك. (الطعن ١٠٥٨ لسنة ٥٤ق، جلسة ١٩٨٨/٤/٢١)

(١) نقض ١٩٥٦/١٢/٢٣ س ٧ ص ٩٩٤.

(٢) الطعن رقم ٥٤٢٤ لسنة ٦٣ق، جلسة ١٩٩٤/١٠/١٩.

(٣) نقض ١٩٨٥/٢/٧ س ٢٦ ص ٢٢٥.

العقـــار المشفوع به قد تمسك بأن المطعون عليه الأول قد عرض علي مجلــس المديرية تأجير قسم مفرز معادل لنصيبه من هذا المنزل غير مجـــاور للمنزل المشفوع فيه واستدل علي ذلك بما ورد بمحضر انتقال المحكمـــة إلى هذا المجلس، وكان الثابت من هذا المحضر انه وان كان المنـــزل الذي عرض المطعون عليه الأول تأجيره علي المجلس معادلاً لنصيبه في العقار المشفوع به إلا انه لا يوجد في الأوراق ما يفيد وجود حـــدود لـــه ولا حصول قسمة بين الورثة، وكان الحكم المطعون فيه قد قـــرر انه لا يمكن من الاطلاع علي محضر الانتقال معرفة ما إذا كان المبنـــي الذي عرضه المطعون عليه الأول علي المجلس هو كل المبني المجـــاور للمنـــزل المشـــفوع فـــيه أو جزء منه فقط، فان النعي عليه بالقصور في التسبيب استناداً إلى أنه مسخ محضر الانتقال فيما استنتجه منه يكون علي غير أساس متي كان طلب التأجير خالياً من بيان حدود العقار المراد تأجيره أو ما يفيد حصول قسمة المنزل[1].

وقضت بان حالة الشيوع بين الشركاء لا تنتهي إلا باتجاه إرادتهم جميعاً إلى قسمة المال قسمة نهائية، وإذن فمتي كان الحكم المطعون فيه إذ قرر عدم حصوله قسمة في العقار المشفوع به قد أقام قضاءه علي ما حصلته المحكمة تحصيلا سائغاً من أن الأعمال المادية التي أثبتها خبير الدعـــوى – استحداث مبان بالمنزل – غير قاطعة في إفادة هذا المعني ووجدت في تقرير الخبير وأوراق الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها دون حاجة إلى الاستعانة برأي خبير آخر فإن النعي علي الحكم القصور في التســـبيب استناداً إلى أنه لم يرد علي المطاعن التي وجهها الطاعن إلى الخبيـــر والـــي أعماله ولأنه مسخ محضر مناقشة الخبير – هذا النعي يكون في غير محله[2].

---

(١) الطعن ٢٩ لسنة ١٩ ق، جلسة ١٩٥١/٥/٣١.

(٢) نفس الحكم.

وقضـــت بـــأن لمحكمة الموضوع أن تكون عقيدتها عن قيام حالة الشـــيوع التـــي يدعيها أحد الخصوم من أي دليل في الدعوى دون أن تكون ملزمة بندب خبير لا تري حاجة إلى الاستعانة به جني ولو كانت قـــد نـــدبت أحد الخبراء من قبل لتحقيق مزاعم خصم آخر عن حصول القســـمة مادامـــت لـــم تر في تقريره ما يعارض الأسانيد الدالة علي الشيوع(١).

---

(١) الطعن ٦٢ لسنة ٢٢ ق – جلسة ١٩٥٥/١١/٣

إذ كـــان الثابت من الصورة الرسمية لصحيفة الاستئناف والمقدمة ضمن حافظة الطاعنـــين أن المطعون عليهم عدا الأخيرة قد أوردوا فيها سبباً ثالثا لاستئنافهم قالوا فيه: "إن مجرد مشتري الأرض مفرزة محددة طبقاً للقسمة التي أشار إليها الخبير يعتبر إقراراً من جانب المستأنف عليهم الثلاثة الآخرين بالقسمة وتسليماً بهـــا ممـــا يحـــق معه للمستأنفين أن يتمسكوا بها كقسمة نهائية وليست مهايأة ويتوافر لهم بذلك الجوار وحقوق الارتفاق المشتركة بين العقارين إلا أن ذلك لم يكـــن مـــنهم علـــي ســـبيل الإقرار بأن قسمة نهائية قد تمت بما يخالف الحقيقة الواقعـــية التـــي فهمهـــا الحكم المطعون فيه وأقام عليها قضاءه وهي قيام حالة الشـــيوع وإنمـــا كان افتراضاً جدلياً سلم به المطعون ضدهم عدا الأخيرة علي سبيل الاحتياط في معرض إبراز أوجه دفاعهم ومطاعنهم علي الحكم المستأنف يـــربطون فـــيه بين ما جاء في تقرير الخبير من حصول قسمة وما يتمسك به الطاعـــنون مـــن شـــرائهم جزءاً مفرزاً واعتبار ذلك منهم إقرار للقسمة، ومن شروط الإقرار أن يكون مطابقاً للحقيقة ومن المقرر أنه لا يعتبر كذلك ما يسلم به الخصم اضطراراً علي سبيل الاحتياط من طلبات خصمه.

إذ كـــان الطاعن قد تمسك أمام محكمة الموضوع بدرجتيها بملكيته للعين محل النـــزاع لاختصـــاص مـــورثة بها بمقتضي عقد القسمة المؤرخ ٢٥ مايو سنة ١٩٦١ والمبرم بينه وبين البائع للمطعون ضده الأول المشتري لجزء مفرز من أحد المتقاسمين وقد اكتفي الحكم المطعون فيه في الرد علي هذا الدفاع بالإحالة إلـــى تقرير الخبير المنتدب من قبل محكمة أول درجة، وكان تقرير هذا الخبير قد انتهي إلى عدم الاعتداد بعقد القسمة سالف الذكر علي سند من أنه لم ينفذ في الطبـــيعة منذ تاريخ تحريره ولم تراع فيه الأنصبة الشرعية وأن المطعون ضده الأول لـــم يكن طرفاً فيه، مع أن مسألة الاعتداد بالعقد ونفاذه هي مسألة قانونية

(د) اكتساب الحصة المفرزة بوضع اليد :

اســـتقر قضاء النقض علي أن مجرد وضع اليد علي حصة مفرزة في المال الشائع يمكن أن يؤدي إلى اكتساب ملكيتها بالتقادم إذا توافرت الشروط القانونية ولو لم تتم القسمة بين الشركاء. وتعبر محكمة النقض عـــن ذلـــك بقولها: إذا قضت المحكمة لبعض الملاك المشتاعين بملكية بعـــض الأعـــيان المشتركة مفرزة، وبنت حكمها علي أن كلا منهم قد اســـتقل بوضع يده علي جزء معين من الملك الشائع حتى تملكه بمضي المدة مستدلة علي ذلك بالبينة والقرائن فهذا الحكم لا يعتبر مؤسساً علي التقرير بوقوع تعاقد علي قسمة بين الشركاء، ولذلك لا يصح النعي عليه أنه قد خالف القانون إذ هو لم يستند إلى دليل كتابي علي القسمة[1].

وقضت بأن عدم توقيع جميع الشركاء علي عقدي القسمة، وكونها لا تصـــلح للاحـــتجاج بها علي الطاعنين ليس من شأنه أن يحول دون وضع يد المطعون عليهم – شركاؤهم في الملكية علي الأطيان موضوع العقـــدين – وضعاً مؤدياً لكسب الملك، ولا يمنع من أن يتخذ الحكم من هـــذين العقـــدين قرينة على ثبوت وضع اليد تضاف إلى أقوال شاهدى الإثبات[2].

وقضـــت بأنـــه إذا كـــان الحكـــم قد استظهر مما استعرضه من التصـــرفات الصادرة من الورثة في أوقات مختلفة، ومما ذكره بعضهم

كان يتعين علي الحكم أن يقول كلمته فيها، ولا يغني عن ذلك إحالته إلى تقرير الخبيـــر الـــذي تقتصـــر مهمته علي تحقيق الواقع في الدعوى وإبداء رأيه في المســـائل الفنية التي يصعب علي القاضي استقصاء كنهها بنفسه، ومن ثم يكون الحكـــم قـــد اعجز بذلك محكمة النقض عن ممارسة وظيفتها في مراقبة صحة تطبيق القانون وهو ما يعيبه بالقصور بما يستوجب نقضه.(الطعن ١٨٦٩ لسنة ٥٧ق، جلسة ١٩٨٩/١١/٣٠)

(١) الطعن ٤٢ لسنة ١٥ ق – جلسة ١٩٤٦/٤/٤.

(٢) نقض ١٩٧١/٦/٢٤ س ٢٢ ص ٨٠٩.

فـــي عقد صادر منه ببيع بعض ما اختص به من أنه يملك القدر المبيع بمضـــي المـــدة الطويلة – استظهر من ذلك أن الورثة اقتسموا الأرض المخلفـــة عن مورثهم، وأن كل واحد منهم وضع يده علي حصة مفرزة من التركة بصفته مالكاً المدة المكسبة للملكية، ثم رتب علي القسمة التي قـــال بها، ولو أنها لم تكن بعقد مسجل، نتائجها القانونية في حق الغير، فلـــم يعول علي ما كان من أحد الورثة من رهنه إلى أحد دائنيه أرضاً شـــائعة لا يملـــك مـــنها شيئاً بمقتضي القسمة، فانه لا يكون قد خالف القانون في شيء[1].

وقضـــت بأن اختصاص المتعاقد بقدر معين من الأطيان في عقد قســـمة لا يحول دون اكتساب خصمه ملكية جزء منها بوضع اليد المدة الطويلة[2].

وقضـــت بـــأن حيازة الشريك للحصة الشائعة. صلاحيتها أساسًا لتملكها بالتقادم متى قامت على مناهضة حق باقى المالكين بما لا يترك محـــلاً لشبهة الغموض أو مظنة التسامح واستمرارها دون انقطاع مدة خمس عشرة سنة[3].

---

(١) الطعن ٢٢ لسنة ١٢ ق – جلسة ١٩٤٢/١٢/٢٤

(٢) الطعن ٥٥٣ لسنة ٤١ ق – جلسة ١٩٧٧/٢/٢١ س ٢٨ ص ٤٩١.

(٣) الطعن رقم ٣٣١٩ لسنة ٥٨ق، جلسة ١٩٩٤/٢/١٧.

الحصـــة الشائعة فى عقار. جواز أن تكون محلاً للحيازة بنية التملك على وجه التخصـــيص والانفـــراد. لا يحـــول دون ذلك اجتماع يد الحائز مع يد المالك. اكتساب الشريك على الشيوع حصة باقى الشركاء بالتقادم. شرطه. (الطعن رقم ٢٩٦٤ لسنة ٥٧ق، جلسة ١٩٩٤/١١/٣)

الغصن الثالث
الوصية بالقسمة

يجيــز القانون المدني للشخص أن يوصي بقسمة أمواله بعد وفاته بين ورثته قسمة ملزمة لهم، فتلك خير وسيلة للمورث لتجنب ما قد ينشأ مــن شقاق ومنازعات بين الورثة بعد وفاته، ولا شك أن المورث اكثر الـــناس دراية بعناصر التركة وأهميتها، وهو الأقدر علي معرفة ميول كل وارث وما يناسبه من الأموال .

تصــح الوصـــية بقسمة أعيان التركة علي ورثة الموصي، بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه، فإن زادت قيمة ما عين لأحـــدهم علي استحقاقاتهم في التركة كانت الزيادة وصية[١]. ونعرض لتلك الأحكام من خلال بيان الشروط من جهة، والآثار من جهة أخرى.

(أ) شروط الوصية بالقسمة :

أولا : الوصـــية بالقســـمة هي تصرف إرادي، حيث تتم بالإرادة المنفــردة للمورث، مضاف إلى ما بعد الموت[٢]. لذلك ينبغي أن تتوافر في المورث الأهلية اللازمة للإيصاء .

ثانـــياً : تخضـــع الوصية بالقسمة للقواعد العامة في الوصية، من حـــيث الإثـــبات . فـــلا تسمع الدعوى المبنية علي وصية بالقسمة عند الإنكار إلا إذا كانت الوصية ثابتة بورقة رسمية أو ورقة عرفية مصدقاً

---

(١) م ٩٠٨: ٩١٣ مدني، حسن كيره، ص ٢٠٢.

(٢) النص في المادة ٩٠٨ من القانون المدني على أن "تصح الوصية بقسمة أعيان التـــركة علـــى ورثـــة الموصي. بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه، فإذا زادت قيمة ما عين لأحدهم علي استحقاقه في التركة كانت الزيادة وصية، لا يفيد أن الوارث يكتسب ملكية نصيبه في التركة بالميراث إذا أوصي لـــه المـــورث بما يعادل هذا النصيب. ذلك أن النص المذكور إنما يعرض إلى القسمة التي يجريها المورث في تركته بين ورثته حال حياته وتكون في صورة وصية. (نقض ١٩٧٤/١٢/٣١ س ٢٥ ص ١٥٣٧)

علي توقيع المورث فيها، أو ورقة مكتوبة جميعها بخط المورث وعليها إمضاؤه[1].

ثالثا : يمكن أن تشمل الوصية بالقسمة جميع أموال المورث، ويمكن أن ترد علي جانب من هذه الأموال . فإذا لم تشمل القسمة جميع أموال المورث وقت وفاته، فإن الأموال التي لم تدخل في القسمة تؤول شائعة إلى الورثة طبقاً لقواعد الميراث.

رابعاً : يمكن أن تتضمن الوصية بالقسمة توزيعاً لديون المورث علي ورثته. ولكن هذا التوزيع لا يعني إلزام الورثة بسداد الديون إلا في حدود ما يؤول إليهم من أموال التركة، بمعني أن الوارث لا يلتزم بسداد ديون مورثه من ماله الخاص إلا برضاه . ومن جهة أخري فإن الوصية بالقسمة علي هذا النحو لا تنفذ في حق الدائنين إلا بموافقتهم. ويحق لهم طلب استيفاء حقوقهم من أموال التركة مباشرة قبل الميراث إعمالاً لقاعدة لا تركة إلا بعد سداد الديون.

إذا لم تشمل القسمة ديون التركة، أو شملتها ولكن لم يوافق الدائنون علي هذه القسمة، جاز عند عدم تسوية الديون بالاتفاق مع الدائنين أن يطلب أي وارث قسمة التركة، علي أن تراعي بقدر الإمكان القسمة التي أوصي بها المورث والاعتبارات التي بنيت عليها[2].

---

(1) م ٢ من قانون الوصية.

(2) م ٩١٣ مدنى، وذلك طبقاً للمادة ٨٩٥ التى تنص علي أنه :

١ - إذا لم يجمع الورثة علي طلب حلول الدين المؤجل، تولت المحكمة توزيع الديون المؤجلة وتوزيع أموال التركة بحيث يختص كل وارث من جملة ديون التركة ومن جملة أموالها بما يكون نتيجته معادلاً لصافي حصته في الإرث .

٢ - وترتب المحكمة لكل دائن من دائني التركة تأمينا كافيا علي عقار أو منقول، علي أن تحتفظ لمن كان له تأمين خاص بنفس هذا التأمين. فان استحال تحقيق ذلك، ولو بإضافة ضمان تكميلي، يقدمه الورثة من مالهم الخاص أو بالاتفاق علي أية تسوية أخري، رتبت المحكمة التأمين علي أموال التركة جميعها.

خامســـاً: الأصـــل أن تشمل الوصية بالقسمة جميع الورثة، ولكن يجـــوز أن تقتصر علي تحديد أنصبة بعض الورثة دون الآخرين . هنا تـــوزع باقي الأموال علي الورثة الذين لم يدخلوا في القسمة بشرط أن تكفـــي للوفاء بأنصبتهم الشرعية . فإذا لم تكف الأموال فإن الوصية لا تـــنفذ فـــي حقهم إلا بإجازتهم إذا كانت الزيادة من نصيب الداخلين في القسمة تزيد علي ثلث التركة.

سادســـاً : إذا مـــات قـــبل وفاة المورث واحد أو أكثر من الورثة المحتملـــين الذين دخلوا في القسمة، فإن الحصة المفرزة التي وقعت في نصيب من مات تؤول شائعة إلي الورثة طبقاً لقواعد الميراث.

(ب) آثار الوصية القسمة :

أولاً : تسري في القسمة المضافة إلى ما بعد الموت أحكام القسمة عامة إلا ما يتعارض مع طبيعتها، فلا ينطبق عليها مبدأ الأثر الرجعي للقســـمة، بل تؤول الأموال إلى الورثة من وقت الوفاة. ولا تطبق عليها أحكام الغبن لأن من حق المورث أن يوصي بثلث التركة لمن يشاء.

ثانـــياً: لا تكون الوصية بالقسمة لازمة حال حياة المورث، حيث يجوز له الرجوع فيها أو تعديلها قبل الوفاة. وتصبح ملزمة للورثة بوفاة الموصي.

ثالـــثا : لا تثور صعوبة إذا اقتصرت الوصية علي تقسيم أموال التـــركة طبقاً للأنصبة الشرعية. فإذا زادت في نصيب أحد الورثة، فإن هـــذه الـــزيادة تكـــون وصية عادية، ولا تنفذ في حق باقي الورثة إلا بإجـــازتهم إذا تجـــاوزت هذه الزيادة ثلث التركة. ويجوز للموصي له بالقدر الزائد أن يرده أو يطلب إنقاصه في حدوث الثلث[1].

٣- وفـــي جمـــيع هذه الأحوال إذا ورد تأمين علي عقار ولم يكن قد سبق شهره، وجب أن يشهر هذا التأمين وفقاً للأحكام المقررة في شهر حق الاختصاص.

(١) يقضـــي نص المادة ٩٠٨ من القانون المدني بأنه تصح الوصية بقسمة أعيان التركة علي ورثة الموصي بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه =

الفرع الثاني

القسمة القضائية

يتم اللجوء إلي القضاء لإجراء القسمة[1]، إذا لم يكن هناك وصية بالقسمة، وفي حالة عدم توصل الشركاء إلى اتفاق جماعي بشأنها سواء

فــإن زادت قيمة ما يعين لأحدهم عن استحقاقه في التركة كانت الزيادة وصية. (الطعن رقم ١٧٥٦ س ٥٢ ق جلسة ١٩٨٦/٦/٢٣)

(١) وقد تتم القسمة عن طريق لجان معينة.

القــرارات النهائــية للجان القسمة المشكلة وفقا للقانون ٥٥ سنة ١٩٦٠ تعتبر بمــثابة أحكــام مقــررة للقسمة بين أصحاب الشأن وفقا للمادة ١٢ من القانون الســالف فــإن هــذه القرارات النهائية الصادرة من لجان القسمة – وفي حدود اختصاصــها – تكون لها قوة الأمر المقضي بما لا يجوز معه للخصوم العودة الــي مناقشــة ما فصلت فيه في أي دعوي تالية ولو بأدلة قانونية أو واقعية لم يســبق إثارتها أمام اللجنة ويحوز القرار في هذا الخصوص حجية تعصمه من محاولات النيل منه.

إذ كانــت الطاعــنات قد تمسكن أمام محكمة الموضوع بانتهاء الشيوع إعمالا لقــرار لجــنة القسمة وأن الشفيع كان ممثلا في الإجراءات أمامها. وتسلم القدر الــذي اخــتص به نفاذا لذلك القرار واستند في إثبات ذلك إلى قرار صادر من لجــنة القســمة وطلبن من المحكمة – للتدليل علي صحة دفاعهن – ندب خبير للاطــلاع علي ملف دعوي القسمة أو الاستعلام من وزارة الأوقاف عن ذلك. وهــو وسيلة للطاعنات لإثبات دفاعهن وهو دفاع جوهري لما يستهدفه من نفي حالــة الشيوع بما يترتب علي ثبوت صحته تغير وجه الرأي في الدعوى، فكان لزاما علي المحكمة ان تعرض لهذا الدفاع بما يدل علي أنها كانت علي بينة من أمــره محيطة بحقيقة مبناه وأن تقسطه حقه إبرازا له وردا عليه بما كان لازمه أن تطلــع – بنفســها أو من تندبه – علي ملف دعوي القسمة وإذ هي رفضت طلــب الطاعــنات في هذا الخصوص علي سند من أنه لم يقم دليل علي تمثيل المطعــون ضده الأول في قرار القسمة أو تسليمه القدر المدعي بفرزه له وكان هذا القول لا يواجه دفاع الطاعنات ولا ينهض رداً علي طلبهن فإن الحكم يكون =

لأن بعض الشركاء يرفض إجرائها أو لصعوبة تحديد الأنصبة بطريقة ترضـــي الجمـــيع. وكـــذلك الحال إذا كان من بين الشركاء غير كامل الأهلية ولم تأذن المحكمة بالقسمة الاتفاقية .

وحـــق اللجـــوء إلـــي القضاء لقسمة المال الشائع أمر مكفول لكل الشـــركاء وذلـــك مـــا لم يكن هناك قيد قانوني (الشيوع الإجباري) أو اتفاقي، كما لو كان هناك اتفاق بين الشركاء علي البقاء في الشيوع لمدة معينة تقل عن خمس سنوات، وكذلك الحال إذا كان هناك شرط صحيح في وصية ببقاء الورثة علي الشيوع لمدة معينة .

وتتم القسمة القضائية عن طريق رفع دعوي القسمة، للتوصل إما إلي القسمة العينية أو القسمة بطريق التصفية .

الغصن الأول

دعوى القسمة

إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع، فعلي من يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقي الشركاء الخصوم أمام المحكمة الجزئية[1].

(أ) الخصوم في دعوي القسمة :

تـــرفع دعـــوي القسمة ممن يرغب من الشركاء في الخروج من الشيوع. ويتم رفع الدعوى علي باقي الشركاء[2]، حيث ينبغي أن يمثل الجميع في الخصومة حتي يكون الحكم الصادر في القسمة حجة عليهم.

معيـــباً بالقصور في التسبيب والإخلال بحق الدفاع بما يستوجب نقضه. (نقض ٢٦/٤/١٩٨٣ س ٣٤ ص ١٠٥١)

(١) م ١/٨٣٦ مدنى.

(٢) أوجـــبت المـــادة الأولي من القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ تسجيل جميع العقود التـــي مـــن شـــأنها إنشـــاء حق ملكية أو أي حق عيني آخر أو نقله أو تغييره، ومـــؤدي ذلك أن حق الملكية لا ينتقل من البائع إلى المشتري إلا بالتسجيل وإلي أن يـــتم هذا التسجيل يبقي البائع مالكاً للعقار ويكون بالتالي هو الخصم في كل =

(ب) الاختصاص بدعوي القسمة ورسومها :

وتختص المحكمة الجزئية بنظر دعوي القسمة. وهو اختصاص نوعي بغض النظر عن قيمة الأموال المراد قسمتها. ويقتصر هذا الاختصاص علي المنازعات التي تتعلق بتكوين الحصص سواء من خلال القسمة العينية أو القسمة عن طريق التصفية. ولا تختص المحكمة الجزئية بما قد يثور من منازعات أثناء نظري دعوي القسمة حول ملكية أحد الشركاء أو مقدار حصته في المال الشائع إلا كانت في حدود النصاب العادي للقاضي الجزئي. فإذا قامت منازعات لا تدخل في اختصاص تلك المحكمة، كان عليها أن تحيل الخصوم إلى المحكمة

دعوي تتعلق بعين العقار. ولما كان الخصم في دعوي القسمة هو الشريك المالك عملاً بالمادة ٤٥٢ مدني قديم التي تحكم هذا النزاع، وكان يبين من الوقائع التي أثبتها الحكم المطعون فيه أن دعوي القسمة رفعت من الطاعنين علي المطعون عليه الثاني الذي كان مالكا العقار والشريك الواجب اختصامه، وكان مجرد شراء المطعون عليه الأول لحصة المطعون عليه الثاني الارثية في هذا العقار وقيامه بتسجيل صحيفة دعوي صحة التعاقد لا يترتب عليه نقل الملكية إذ الملكية لا تنتقل إليه إلا بتسجيل الحكم الصادر في الدعوى، فإن الحكم المطعون فيه إذ خالف هذا النظر يكون، قد أخطأ في القانون بما يستوجب نقضه. (نقض ١٩٦٠/٤/٢١ س ١١ ص ٣٢٤)

قسمة المال الشائع – اتفاقية كانت أو قضائية – هي أمر يقتصر علي الملاك المشتاعين فلا يكون مقبولاً من غيرهم إثارة ثمة منازعة تتصل بهذه القسمة. إذ كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خلص صحيحاً – علي ما سلف بيانه – إلى أن الطاعنة تضع يدها علي الأرض موضوع التداعي ضمن مساحة اكبر وهي غير مالكة لما تضع يدها عليه بل إن وضع يدها بغير سند قانوني فانه لا تتوافر لها ثمة مصلحة في النعي علي قضاء الحكم بتسليم المطعون ضده الأول الأرض موضوع النزاع مفرزة في قدر شائع بغير قسمة. (الطعن ١٠٤٤ لسنة ٥٤ ق، جلسة ١٩٨٧/١٢/١٠)

الابتدائـــية، وأن يعـــين لهم الجلسة التي يحضرون فيها، وتقف دعوي القسمة إلى أن يفصل نهائياً في تلك المنازعات[1].

---

(١) الـــنص فـــي المـــادة ٨٣٨ مـــن القانـــون المدني يدل علي أن المشرع جعل الاختصــاص بنظـــر دعـــوي القسمة للمحكمة الجزئية أيا كانت قيمة الأموال الشـــائعة التـــى يراد اقتسامها فإذا أثيرت منازعات لا تتعلق بإجراءات القسمة وإنمـــا بأصـــل ملكـــية الشريك أو بمقدار حصته الشائعة فإن الفصل فيها يكون للمحكمـــة المختصـــة وفقـــا للقواعد العامة. فإذا كانت من اختصاص المحكمة الجـــزئية تـــولت هذه المحكمة الفصل فيها. وإذا تجاوزت المنازعة اختصاص المحكمـــة المذكـــورة فعليها أن تحيل الخصوم إلى المحكمة الابتدائية المختصة وان تحـــدد لهم الجلسة التي يحضرون فيها وتوقف دعوي القسمة إلى أن يفصل نهائيا في تلك المنازعات. (نقض ١٩٧٦/٦/١٥ س ٢٧ ص ١٣٥٨)

الـــنص في الفقرة الأولي من المادة ٨٣٦ من القانون المدني والنص في المادة ٨٣٨ مـــن هـــذا القانـــون يـــدل علـــي أن الشارع ناط بمحكمة المواد الجزئية اختصاصـــا اســـتثنائيا بنظـــر دعوي قسمة المال الشائع أيا كانت قيمتها ويمتد اختصاصـــها إلـــى المـــنازعات المـــتعلقة بتكوين الحصص أما غير ذلك من المـــنازعات الأخرى فلا تختص بها إلا إذا كان يدخل في اختصاصها العادي، فإذا ما أثيرت في دعوي القسمة منازعة لا تتعلق بتكوين الحصص وتخرج عن الاختصـــاص العـــادي للمحكمة الجزئية وجب عليها إن رأت جديتها أن توقف دعـــوي القســـمة لحين الفصل نهائيا في هذه المنازعة، وهي لا تكتفي في ذلك بإصـــدار حكـــم بالوقف بل ينبغي أن يكون الحكم مقرونا بإحالة المنازعة إلى المحكمـــة الابتدائية المختصة بنظرها وأن تعين للخصوم الجلسة التي يحضرون فـــيها ممـــا يســـتتبع أن تكـــون الدعوى بتلك المنازعة قد رفعت أمام المحكمة الابتدائـــية واتصـــلت بهـــا قانـــونا بمقتضى هذه الإحالة دون حاجة لأن يسلك الخصـــوم الطـــريق العادي لرفع الدعاوى المنصوص عليه في المادة ٦٣ من قانـــون المرافعات إذ قد استثنت هذه المادة بصريح نصها من اتباع هذا الطريق مـــا ينص عليه القانون من سبيل آخر لرفع الدعاوى، لما كان ذلك وكان الثابت مـــن الأوراق أن المـــنازعة التي أثيرت في دعوي القسمة علي ملكية العقار قد أحيلت إلى محكمة قنا الابتدائية للفصل فيها إعمالا لحكم المادة ٨٣٨ من القانون فإن الدعوى بهذه المنازعة تكون قد رفعت واتصلت بها تلك المحكمة علي نحو =

يـــتفق وصحيح القانون. (الطعن ٧٤ لسنة ٥٧ ق، جلسة ١٩٩٠/٢/٢٥) وقضى بأنـــه متى كان النزاع الذى أثير فى الدعوى أمام محكمة الموضوع يدور حول طبـــيعة الشـــيوع فى "السلم المشترك" وما إذا كان هذا الشيوع عاديًا أم إجباريًا وحـــول تحديـــد نطاق الصلح المعقود بين الطرفين بشأن هذا "السلم" فهو بهذه المـــثابة نـــزاع لا يتعلق بتكوين الحصص ويخرج بحسب قيمته من اختصاص قاضـــى المواد الجزئية نوعيًا إذا كانت قيمة السلم المتنازع عليه ــ كما قدرها الخبيـــر المنـــتدب فـــى دعـــوى القسمة وباتفاق الطرفين ــ تجاوز نصاب تلك المحكمة مما كان يتعين معه أن تحيل هذا النزاع إلى المحكمة الابتدائية للفصل فـــيها عمـــلاً بالفقرة الثانية من المادة ٨٣٨ من القانون المدنى وإذ هى لم تفعل فإنهـــا تكون قد جاوزت اختصاصها وخالفت القانون. (نقض ١٩٦٢/١/٢٥ س ١٢ ص ١٠٤).

ولا يـــنال مـــن ذلك أن تكون المحكمة الابتدائية هى المحكمة ذات الاختصاص العـــام فى النظام القضائى وأن اختصاصها يمتد إلى ما عساه أن يكون مرتبطًا مـــن طلبات أخرى مهما تكن قيمتها أو نوعها ذلك أن طلب القسمة يخرج بذاته عـــن نطاق اختصاص المحكمة الابتدائية ولو كان مرتبطًا بأنزعة أخرى تدخل فـــى اختصاصـــها بما لا يجوز معه إحالة طلب القسمة إلى المحكمة الابتدائية لنظره مع طلب آخر ولا يجوز بالتالى رفع الدعوى به ابتداء أمام تلك المحكمة لمـــا كـــان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض الدفع بعدم اختصـــاص المحكمـــة بطلـــب القسمة على أن هذا الطلب يرتبط بطلب الريع المطـــروح أمام المحكمة الابتدائية فإنه يكون قد خالف القانون بما يوجب نقضه فى هذا الخصوص (الطعن ١٢٥١ لسنة ٥٢ق، جلسة ١٩٩٢/٤/١٢).

رسوم دعوى القسمة:

متـــى كـــان الـــثابت أن المحكوم عليه قد استأنف الحكم الصادر بفرز وتجنيب حصـــة بعض شركائه فى الأرض الشائعة بينهم وقضى برفض استئنافه وتأييد الحكم المستأنف مع التزامه بمصاريف استئنافه وأن قلم الكتاب قد سوى الرسوم المســـتحقة علـــى الدعوى الاستئنافية على أساس قيمة ما قضى به ابتدائيًا فإن الحكـــم الصادر فى المعارضة فى أمر تقدير الرسوم بإلغاء القائمة تأسيسًا على أن المســـتأنف لا يلزم من الرسوم بأكثر مما دفعه وأنه لا تستحق رسوم جديدة إلا فـــى حالة الحكم له بطلباته كلها أو بعضها فإن الحكم يكون قد خالف القانون

(ج) المنازعة في الملكية في دعوي القسمة:

لقاضي القسمة تقدير جدية المنازعة في الملك التي تثار أمامه حتى لا يصده ذلك عن ممارسة اختصاصه. وهذا التقدير يقتضي حتماً بحث أوجه المنازعة ووزن أسانيدها لا للفصل في موضوعها وإنما للوصول إلى قرار بتأخير الفصل في القسمة أو للسير في إجراءاتها[1].

تقدير جدية المنازعة في الملك المثارة في دعوي القسمة هو مما يـــدخل في سلطة محكمة الموضوع التقديرية التي لا رقابة فيها لمحكمة الــنقض مادامـــت تقيم قضاءها علي اعتبارات واقعية مقبولة وأسباب سائغة[2].

ذلك لأن الحكم الصادر بالتأييد هو فى الواقع وبمقتضى المادة الثالثة من القانون رقـــم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ بمثابة حكم جديد بالحق الذى رفع عنه الاستئناف — ولا يغيـــر مـــن ذلك أن يكون حكم محكمة الدرجة الأولى قد ألزم خصوم المستأنف المصـــروفات ولم يلزمه هو بشيء منها لأن الرسوم موضوع المعارضة ليست رســـوم الدعوى الابتدائية بل هى الرسوم المستحقة على القضية الاستئنافية التى ألزم المستأنف فيها بمصاريف استئنافه (نقض ١٩٥٧/٦/٦ س ٨ ص ٥٦٦).

رسوم دعوى صحة عقد القسمة ونفاذه:

رســـم الدعوى التى ترفع بصحة عقد القسمة ونفاذه يجب أن يكون شاملاً للقدر المبـــين بالعقد جميعه لأن الحكم فى الدعوى يكون قد حسم النزاع بين الشريكين فى هذا القدر بأكمله وذلك وفقاً للفقرة الثالثة من المادة ٧٥ من القانون رقم ٩٠ ســـنة ١٩٤٤ الخـــاص بالرسوم القضائية (الطعن ٨٨١ س ٥٥ق، جلسة ٢/٨/ ١٩٩٠؛ نقض ١٩٥٦/١١/٥ س ٧ ص ٨٨٩).

(١) الطعن ٢٢٠ لسنة ٢٢ق، جلسة ١٩٥٥/١١/٢٤.

(٢) الطعن ٢٢٠ لسنة ٢٢ق، جلسة ١٩٥٥/١١/٢٤.

التمسك بوجوب وقف دعوي القسمة حتى يفصل نهائياً في الملكية هو من شأن الخصم الذي نازع في الملكية ولا صفه لغيره من الخصوم في التحدي به[1].

لمحكمـــة الموضوع تقدير ما إذا كانت المنازعة في دعوي القسمة جديـــة ومؤثــرة علـــي الدعـــوى حتى توقف السير فيها أو أنها كذلك فتطرحها جانباً وتسير في الدعوى[2].

(د) دور المحكمة في إجراء القسمة :

الأصل أن تقوم المحكمة بإجراء القسمة العينية، وذلك بأن يختص كل شريك بجزء مفرز من المال الشائع. فإذا كان المال لا يقبل القسمة عيناً أو كان من شأن ذلك إحداث نقص كبير في قيمته، جاز للمحكمة أن تأمـــر ببـــيع المـــال في المزاد تمهيداً لتوزيع ثمنه علي الشركاء بنسبة أنصبتهم، وتلك هي القسمة بطريق التصفية.

وللشركاء أن يتفقوا أثناء إجراءات القسمة النهائية، التي قد يطول وقـــتها، علي أن يقسم المال الشائع مهايأة بينهم، وتظل هذه القسمة نافذة حتـــى تتم القسمة النهائية. فإذا تعذر اتفاق الشركاء علي قسمة المهايأة جـــاز للقاضي الجزئي إذا طلب منه ذلك أحد الشركاء أن يأمر بها، بعد الاستعانة بخبير إذا اقتضى الأمر ذلك.

(هـــ) أثر الحكم في دعوي القسمة :

إن الحكم الصادر في دعوي القسمة يجوز الحجية من جهة، ويؤثر فـــي الملكـــية مـــن جهة أخري، وتعبر محكمة النقض عن ذلك بقولها: **يتـــرتب علي صدور حكم بالقسمة أن يعتبر المتقاسم مالكاً للحصة التي آلـــت إلـــيه منذ أن تملك في الشيوع وأنه لم يملك غيرها شيئاً في بقية**

---

(١) نقض ١٩٥٦/٥/٣١ س ٧ص ٦٢٢.

(٢) نقض ١٩٥٦/٥/٣ س ٧ ص ٦٢٢.

الحصص وأن ما يقضي به حكم القسمة ملزم لكافة الشركاء المتقاسمين الذين كانوا طرفاً في دعوي القسمة بما حدده من نصيب لكل منهم[1].

حكم القسمة أيا كان الرأي في تكييفه فهو ملزم للشركاء المتقاسمين الـذين كانـوا طرفاً في دعوي القسمة بما فصل فيه، وطالما صدر هذا الحكـم وأصبح نهائياً فانه يجوز حجية الأمر المقضي ولا يصح إهدار تلك الحجية. ولهذا فغير سديد القول بأن دعوي القسمة هي مجرد دعوي إجـراءات لا تثـبت حجية الحكم الصادر فيها بين الشركاء. ولما كان الحكـم السـابق الصادر بين ذات الخصوم في دعوي القسمة قد قضي بفـرز وتجنـيب الأطيان محل النزاع وتسليمها حكمياً إلى الطاعن وقد أصـبح نهائـياً فانـه يحوز قوة الأمر المقضي في شأن مسألة التسليم وطبيعـته ويمنع الخصوم أنفسهم من التنازع في هذه المسألة بالدعوى الـراهنة ولـو بأدلـة قانونية أو واقعية لم تسبق إثارتها في الدعوى السابقة[2].

القضـاء الصـادر فـي دعوي القسمة هو حكم يؤثر في الملكية وتتـرتب علـيه حقوقه، وإذن فغير سديد القول بأن دعوي القسمة هي مجرد دعوي إجراءات لا تأثير لصفات الخصوم فيها[3].

حكم القسمة، أيا كان الرأي في تكييفه – ملزم للشركاء المتقاسمين الذين كانوا طرفا في دعوي القسمة بما حدده من نصيب لكل منهم[4].

---

(١) نقض ١٩٨٣/٤/٢٦ س ٣٤ ص ١٠٥١.

(٢) الطعن ٢١٣٥ لسنة ٥١ ق – جلسة ١٩٨٧/١/١٤.

(٣) الطعن ٦٩ لسنة ٩ ق – جلسة ١٩٤٠/٣/٧.

(٤) نقض ١٩٦٦/٢/٢٤ س ١٧ ص ٤١٢.

إذا كـان ما انتهي إليه الحكم من تكييف للمحرر المتنازع عليه بأنه قسمة نهائية لا قسمة مؤقتة هو تكييف صحيح تؤدي إليه عبارة العقد، ثم رتب الحكم علي ذلك

الغصن الثاني

القسمة العينية

الأصــل أن تــتم القسمة القضائية بطريقة عينية، أي بإعطاء كل شــريك جــزءا مفــرزا من المال الشائع. ويجوز أن يتم فرز وتجنيب نصيب طالبي القسمة فقط مع إبقاء الشركاء الآخرين علي الشيوع[1].

عــدم أحقية الشريك المتقاسم في الأخذ بالشفعة، فإنه لا يكون قد خالف القانون (نقض ١٩٦٩/١١/٦ س ٢٠ ص ١١٦٤).

إذ كان الثابت من تقرير مكتب الخبراء الذي عول عليه الحكم المطعون فيه أن حكــم القســمة الصــادر فــي المــادة... قد شمل القدر المتنازع عليه وقضي باختصــاص البائعين للمطعون ضده الأول به، فإن ذلك الحكم يكون حجة علي أن هــذا القدر لم يكن مملوكا ملكية بأحد الشركاء علي الشيوع، ولما كان البائع للطاعنين مختصما في تلك الدعوى وكان الطاعنان لا يعتبران من الغير بالنسبة لهــذه القسمة وعلي ما ورد في الرد علي السبب الأول ويعد الحكم حجة عليها فإنه لا يجوز لهما العودة إلى الادعاء بأن القدر المتنازع عليه والذي شمله حكم القســمة كــان مملوكا للبائع لهما ملكية خاصة بطريقة قسمة مهايأة انقلبت إلى قســمة نهائية، نزولا علي حجية ذلك الحكم والذي يتعين الالتزام بها إذ هي من مســائل النظام العام، ويكون النعي علي الحكم المطعون فيه بأنه لم يحقق واقعة قسمة المهايأة أو بأنه شابه قصور فيما استخلصه بشأن صفة البائع للطاعنين في حيازة القدر المتنازع عليه – وأيا كان وجه الرأي فيه – غير منتج. (نقض ١٣ /١٩٨١/١٢ س ٣٢ ص ٢٢٧٧)

مــن المقــرر فى قضاء هذه المحكمة أن الشريك فى ملك شائع الذى يتصرف بالبــيع فى حصته الشائعة بعد رفع دعوى القسمة لا يعتبر ممثلاً للمشترى منه متــى سجل هذا الأخير عقد شرائه وانتقلت إليه بذلك ملكية الحصة المبيعة قبل انتهاء إجراءات القسمة. (نقض ١٩٥٣/١١/٢٢ س ٤ ص ٣٠ - نقض ١/٢٤/ ١٩٨٢ س ٣٣ ص ١٦٩)

(١) إذا كانــت المحكمــة ندبت الخبير لفرز وتجنيب نصيب – المدعين – طالبي القســمة والخصم الثالث الذي انضم إليهم بينما لم يطلب أحد من المدعي عليهم =

يقوم القاضي بإجراء القسمة العينية بنفسه، إلا أنه يتعذر عليه ذلك من الناحية العملية والفنية، لذلك فهو يندب خبيراً أو أكثر ليتولي القيام بعملية القسمة. بتولي الخبير تقويم المال الشائع وقسمته حصصاً إن كان المال يقبل القسمة عيناً دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته.

يقوم الخبير بتكوين الحصص علي أساس أصغر نصيب حتى لو كانت القسمة جزئية. فإن تعذرت القسمة علي هذا الأساس جاز للخبير أن يجنب لكل شريك حصته.

فإن كانت الحصص لم تعين عن طريق التجنيب، تجري القسمة بطريق الاقتراع، وتثبت المحكمة ذلك في محضرها وتصدر حكماً بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز.

وإذا تعذر أن يختص أحد الشركاء بكامل نصيبه عيناً، فإنه يتم تعويضه بمعدل أي مبلغ نقدي عما نقص من نصيبه[1].

وإذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الأهلية، وجب تصديق المحكمة علي حكم القسمة بعد أن يصبح نهائياً، وذلك وفقاً لما يقرره القانون[2].

وهناك بعض الأسس الواجب مراعاتها عند إجراء القسمة، وهي مستوحاة من فقه الشريعة الإسلامية، وتتمثل في الآتي :

١- تقسم مصاريف القسمة من أجور وتكاليف وغيرها علي المتقاسمين بنسبة حصصهم في المال المقسوم لا بحسب عدد الشركاء وذلك تحقيقا للعدالة بينهم.

فرز وتجنيب نصيب له فلا تثريب علي الخبير إذا قام بفرز وتجنيب نصيب المدعين وابقي المدعي عليهم في الشيوع. (نقض ١٩٥٦/٥/٣١ س ٧ ص ٦٢٢)

(١) م ٨٣٦: ٨٣٩ مدنى.

(٢) م ٨٤٠ مدنى، جمال ذكي، ص ١٦٤.

٢- تقديـــر المخـــتلف كالقيميات أي تحديد قيمة القيميات بالنقود، وتقدير المستوي بكيل أو وزن دون تفاوت، أي أن المثليات تقدر بالكيل أو الوزن ليعطي كل شريك قدراً متساوياً منها.

٣- القســمة فـــي المســتوي جنساً وقدراً بالكيل أو الوزن تكون بالإفـــراز وهـــو تمييـــز النصيب وعزله ولو بدون حضور الشريك أو مؤاذنته، أي أنه بالنسبة لطريقة قسمة المثليات فإنها تكون في المستوي جنســـاً كالشعير وتقديراً بالوزن أو الكيل بالإفراز أي بإخراج النصيب وعزله عن غيره.

٤- بالنســبة للعقـــارات يجب استيفاء المرافق من طرق ومجاري ماء وغيرها علي وجه لا يضر بأي من الشركاء بقدر الإمكان.

٥- تلافـــياً للضـــرر الـــذي يترتب علي إبعاد الفرع عن أصله والنابت عن الأرض التي تنبت فيها، فإنه لا يقسم الفرع دون أصله حتى لا يتلف ولا يقسم النبات دون المنبت إلا إذا اتفق علي قطع النبات حيث أن بعض النباتات يستفاد بها مقطوعة قبل تمام نضجها.

٦- يجـــب علي الخبير أن يحدد ما يلزم تقويمه ثم يقومه ويعدله علـــي حسب سهام القسمة، ويفرز كل نصيب بمرافقة ثم يرقم الأنصباء الأول ثـــم الثاني وهكذا، وتحدد السهام علي أساس أقل الأنصبة بحيث تكـــون قابلة للقسمة بدون باق. وقد يكون نصيب أحد الشركاء عدداً من الأسهم لذا يجب أن يتبع السهم ما سبقه عند تعدده خشية تفرق الحصة، فمـــثلاً إذا قرع لأحد الشركاء فخرج السهم رقم ٤ وكان له ثلاثة اسهم فإنه يأخذ السهام أرقام ٤، ٥، ٦ استيفاء لحصته.

٧- يلزم عند إجراء القرعة علي السهام أن يكون المتقاسمون أو من يقوم مقامهم حاضرين و إلا بطلت القرعة ولا يعمل بها فيتعين علي القسام وعلي القاضي مراعاة ذلك[١].

٨- يسـلم النصيب إلى صاحبه أو من يقوم مقامه وتكفي التخلية في العقارات مع حضور مالك النصيب أو من ينوب عنه.

الغصن الثالث

قسمة التصفية

إذا لم تمكن القسمة عيناً، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قـيمة المـال المـراد قسمته، بيع هذا المال بالطرق المبينة في قانون المرافعات. وتقتصر المزايدة علي الشركاء إذا طلبوا هذا بالإجماع[٢].

---

(١) كانـت نصوص القانون المدني القديم تقضي بأن القسمة بين الشركاء يجب أن تجـري أصـلا بطـريق القـرعة إلا إذا وافق الشركاء علي إجرائها بطريق التجنيب، فإن تعذر الأمران ــ إجراء القسمة علي أصغر نصيب تمهيداً للقرعة واتفاق الشركاء علي القسمة بالتجنيب، وجب بيع العقار لعدم إمكان قسمته ولكن هـذه النصـوص وان اتفقت مع نص الفقرة الأولي من المادة ٨٣٧ من القانون المدنـي الحالـي في أن القرعة هي الأساس وأنه يجوز إجراء القسمة بطريق التجنـيب إذا اتفـق علي ذلك الشركاء إلا أن النصوص تختلف في حالة تعذر القسـمة علـي اصغر نصيب تمهيداً لإجراء القرعة فالقانون القديم ما كان يبيح التجنـيب بغيـر رضاء الشركاء بينما يبيح القانون الحالي ذلك. (نقض ٣١/٥/١٩٥٦ س ٧ ص ٦٢٢)

إذا وافـق أحـد الشـركاء أمام محكمة أول درجة علي إجراء القسمة بطريق التجنـيب فلا يجوز له أن يرجع أمام محكمة ثاني درجة في هذا ويطلب إجراء القسمة بطريق القرعة. (نقض ٣١/٥/١٩٥٦ س ٧ ص ٦٢٢)

(٢) م ٨٤١ مدني.

(أ) أسس قسمة التصفية :

إذا تعذر إجراء القسمة عيناً تم إجراؤها بطريق التصفية، أي ببيع الشـــيء المملوك علي الشيوع وتوزيع ثمنه علي الشركاء بنسبة نصيب كل منهم.

ويحدث ذلك بمناسبة المال المشترك الذي لا يقبل القسمة كالحيوان أو الآلـــة أو الـــذي تكون قسمته عديمة الفائدة أو ضارة كقطعة أرض صغيرة تؤدي تجزئتها إلى فقدان قيمتها.

يـــباع هـــذا المال بالطريقة المبينة في قانون المرافعات[1]، ويقسم الـــثمن علـــي الشـــركاء كل بقدر نصيبه، ولا يستطيع أي من الشركاء

---

(١) نظمـــت المواد ٤٦٤ و ٤٦٥ و ٤٦٦ و ٤٦٨ من قانون المرافعات إجراءات وقـــواعد بيع العقار المملوك علي الشيوع لعدم إمكان قسمته عيناً وأحالت المادة ٤٦٨ فـــي شـــأن الأحكام المقررة للبيع فيه إلى أحكام بيع العقار المفلس وعديم الأهلـــية والغائب وحددت المادة ٤٦٣ من قانون المرافعات هذه الأحكام المحال إلـــيها بأنهـــا "القـــواعد المـــتعلقة بإجراءات بيع العقار بناء علي طلب الدائنين المنصـــوص عليها في الفرعين الثالث والرابع من الفصل الثالث "وإذ كان البين مـــن صريح التحديد الوارد في هذا النص أن الشارع اقتصر في تطبيق القواعد المـــتعلقة بإجـــراءات بيع عقار المفلس وعديم الأهلية والغائب علي بيع العقار المملـــوك علـــي الشـــيوع لعدم إمكان القسمة علي ما ورد من القواعد المتعلقة بإجـــراءات بـــيع العقار بناء علي طلب الدائنين في الفرعين الثالث والرابع من الفصـــل الثالث دون الفرع الثاني منها وبما لا يخرج عن مقصده إلى ذلك فيما أحالـــه إلـــيه فـــي المادة ٨٤١ من القانون المدني و ٤٦٨ من قانون المرافعات سالفة الذكر وكانت قواعد تحديد جلسة لنظر الاعتراض علي قائمة شروط البيع وما يرتبط بهذه القواعد من بطلان قد وردت في هذا الفرع الثاني دون الفرعين الـــثالث والـــرابع المذكورين فان الحكم المطعون فيه إذ خلص إلى هذه النتيجة وأقام قضائه عليها يكون قد أصاب صحيح القانون. (الطعن ١٦٠٨ لسنة ٥٠ ق – جلسة ١٩٨٤/٦/٢١)

إنـــه وان كـــان قانون المرافعات القديم قد نص في المادة ٦٢٦ علي أنه إذا لم تمكـــن قســـمة العقار بغير ضرر يباع علي حسب القواعد المقررة لبيع العقار =

التمــرد علــي البــيع حيث يأذن القاضي بذلك بالشروط وبالكيفية التي يحــددها. وللشركاء حق اختيار طريقة البيع. وينبغي التفرقة بين البيع العادي والبيع بالمزاد :

فبالنســبة للبــيع العــادي الذي يتم علي أساس ثمن مقدر بواسطة عــدول يقدم الشريك في الشراء علي الغير مطلقا، أي أن الشريك الذي يرغب في شراء المال الشائع بالثمن المقدر بواسطة الخبراء يكون أولي من الغير دائما. وإذا كان هناك أكثر من شريك يرغب في شراء المال بهذا الثمن فإن المفاضلة بينهم تتم علي أساس القرعة.

أما إذا كان البيع بالمزايدة فإن الشراء يكون لمن يرسو عليه المزاد (المزايد الأخير) أيا كان (شريك أو من الغير). ويعتبر رسو المزاد علي

اختــياراً، وكانــت المادة ٦٢٠ مرافعات قديم تجيز لكل صاحب عقار أن يبيعه بالمحكمــة " بالأوجــه المعتادة " بمقتض شروط وضوابط للبيع تودع مقدما قلم كــتاب المحكمــة، إلا أن هــذا لا يعني إغفال طبيعة إجراءات بيع العقار لعدم إمكـــان قسمته عيناً، وإنها جزء من إجراءات دعوي القسمة التي يجب أن يكون جميع الشركاء أطرافا فيها، فإذا حدد قاضي البيوع بناء علي طلب الطالب البيع من الشركاء يوما للبيع وجب أن يعلن به جميع الشركاء بالطريق الذي يعلن به أي خصــم فــي أيــة دعــوي، ولا يكفي إمكان علمهم بما ينشر أو يلصق من إعلانــات، إذ هــم أطــراف الدعوى الذين يجب ان تتم الإجراءات جميعا في مواجهــتهم ن وإلا كان حكم رسو المزاد غير صالح لأن يحاج به من لم يعلن مــن الشركاء وعدم إعلان الشريك هو إغفال لإجراء جوهري يعتبر أصلا من الأصــول العامــة في التقاضي، فضلا عن أنه قد يحول دون ممارسة الشريك لحقــوق مقررة له قانونا كحق دخوله المزاد مشتريا، أو حق طلب زيادة العشر أو إجراء البيع في مكان آخر غير المحكمة ويترتب علي ذلك أن إغفال إعلان الشــريك باليوم الذي يحدد للبيع سواء لأول مرة بعد الحكم بالبيع أو بعد شطب الدعــوى مــوجب لبطلان الإجراءات التالية ومنها حكم رسو المزاد وما ترتب علــيه. وإذن فالحكم الذي ينبني علي أن القانون لا يوجب إعلان الشريك باليوم الــذي يحــدده قاضي البيوع لإجراء البيع لعدم إمكان القسمة يكون مخطئا في تطبيق القانون. (الطعن ١١٢ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/١١/٢٩)

أجنبـــي بمـــثابة بيع للمال الشائع من الشركاء وتطبق علي علاقته بهم أحكـــام البـــيع. أمـــا أن رسا المزاد علي أحد الشركاء كنا بصدد قسمة تصفية وطبقت أحكام القسمة علي التصرف[1]. ويجوز للشركاء الاتفاق بالإجماع علي منع دخول أجنبي المزاد وقصر المزايدة عليهم[2].

(ب) حماية دائني الشركاء :

يمكـــن أن يحـــدث تواطـــؤ بين الشركاء، أثناء القسمة، للإضرار بحقـــوق دائنيهم، كما لو اختص الشريك المدين بأموال لا يجوز الحجز علـــيها أو يســـهل إخفاؤهـــا كالنقود، أو يختص بحصة تقل عن نصيبه الحقيقـــي ويكمـــل النقص بنقود يحتفظ بها لدي شريك آخر.لذلك يكون لدائنـــي الشركاء مصلحة واضحة في التدخل في إجراءات القسمة لمنع التواطؤ للإضرار بحقوقهم، وقد هيأ القانون للدائنين عدة وسائل لتفادي ذلك هي :

١- للـــدائن حـــق الـــتدخل فـــي دعوي القسمة باعتباره صاحب مصـــلحة، حـــيث تقضي القواعد العامة بأنه يجوز لكل ذي مصلحة أن يتدخل في الدعوى منضماً لأحد الخصوم.ومن ثم يجوز للدائن الانضمام إلى مدينه الشريك الخصم في الدعوى.

٢- لدائنـــي كل شريك أن يعارضوا في أن تتم القسمة عيناً أو أن يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم، وتوجه المعارضة إلى كل من الشركاء، ويتـــرتب علـــيها إلزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين في جميع

---

(١) الشـــريك الـــذي يطلب إنهاء حالة الشيوع والحصول علي ما يقابل حصته من ثمـــن العقار المبيع بالمزايدة عند عدم إمكان القسمة عيناً – لا يعتبر دائناً لباقي شـــركائه المشـــتاعين معـــه ولا حاجزاً علي هذا العقار الشائع فلا تنطبق عليه أحكام الفقرات الثلاثة الأولي من المادة ٦٦٤ من قانون المرافعات وإنما يعامل بحكم الفقرة الرابعة منها. (نقض ١٢/٢/١٩٥٩ س ١٠ ص ١٣٤)

(٢) م ٨٤١ مدنى.

الإجراءات، وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم. ويجب علي كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوي القسمة[١].

مؤدي ذلك انه يتعين علي الشركاء إدخال الدائنين أصحاب الحقوق المقيدة قبل رفع دعوي القسمة، وذلك كالدائن المرتهن لحصة شائعة أو مفــرزة في العقار الشائع، وكذلك المشتري لحصة مفرزة باعتباره دائن للشـــريك البائع. أما الدائنون الآخرون فيمكنهم الاعتراض علي إجراء القســمة دون حضـــورهم، هــنا يلتــزم الشركاء بدعوتهم وتمثيلهم في الدعوى.

٣- إذا وقعــت القسمة دون إدخال الدائنين الواجب إدخالهم، فإنها تكون غير نافذة في مواجهتهم، أما إذا تمت القسمة، بعد دعوة الدائنين، فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها إلا في حالة الغش.

المطلب الثاني
آثار القســمة

يترتب علي قسمة المال الشائع عدة آثار هي :

الأول : تحديد نصيب كل شريك مادياً في المال، أي يتحول نصيبه من حصة شائعة إلى حصة مفرزة، فملكية الشريك علي الشيوع تصبح ملكية مفرزة.

وتكــون ملكـــية الشريك للجزء المفرز بأثر رجعي، أي أنه يعتبر مالكـــا لحصـــته ليس من وقت القسمة ولكن منذ أن تملك في الشيوع. فالقســمة تكشـــف عن ملكيته منذ بداية الشيوع، وهذا ما يسمي بالأثر الرجعي أو الكاشف للقسمة.

الثانـــي : تـــرتب القسمة التزاماً متبادلاً بين المتقاسمين بالضمان، حـــيث يضمن بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب

---

(١) م ٨٤٢ مدنى.

ســـابق علي القسمة، ويكون كل شريك ملزماً بنسبة حصته أن يعوض مستحق الضمان.

الـــثالث : يلتزم الشريك الذي يحصل علي نصيب أكبر من حصته بأن يؤدي معدل القسمة إلى من حصل علي نصيب أقل من حصته.

الرابع : يلتزم الشريك الذي رسا عليه المزاد، في قسمة التصفية، بدفع مقابل حصص الشركاء الآخرين.

الخامس : يكون حق كل شريك في الرجوع علي الآخرين بسبب القســـمة واستيفاء ما تقرر له من معدل أو مقابل نقدي، مضموناً بامتياز علي ما اختص به الشريك المدين.

ونقتصر في دراستنا هنا علي الأثرين الجوهريين للقسمة ألا وهما الأثر الكاشف، ضمان التعرض والاستحقاق.

الفرع الأول

الأثر الكاشف للقسمة

(أ) المقصود بالأثر الكاشف :

إذا تمـــت القســـمة نهائـــياً في الملك، فإن كل متقاسم يعتبر مالكاً للحصة المعينة التي آلت إليه بالقسمة منذ نشوء الملك، أي منذ أن تملك في الشيوع وأنه لم يملك غيرها في بقية الحصص[1].

يتـــرتب علي القسمة اختصاص كل شريك بجزء مفرز من المال الشـــائع، يعـــادل الحصـــة التي كانت له علي الشيوع. تتحول الحصة الشائعة التي كانت للشريك في المال الشائع إلى حصة مفرزة، أي تنقلب ملكية الشريك الشائعة إلى ملكية مفرزة. يتحدد حق الشريك المعنوي في المال الشائع في جزء معين من المال لا يشاركه فيه أحد من الشركاء.

---

(١) م ٨٤٣ مدنى.

ويعتبـــر المتقاسم مالكاً للحصة المفرزة التي آلت إليه منذ أن تملك فـــي الشـــيوع، وأنه لم يملك غيرها شيئاً في بقية الحصص. فالقسمة لا تـــنقل إلى المتقاسم حقاً جديداً ولكنها تكشف عن حق مقرر له من قبل، وهـــذا مـــا يعبر عنه بالأثر الكاشف أو المقرر للقسمة، فالقسمة مقررة وليست منشئة.

وتستند ملكية الشريك المتقاسم للحصة التي آلت إليه إلى تاريخ بدء الشـــيوع، أي تـــاريخ قيام الملكية الشائعة وليس تاريخ القسمة، وهذا ما يعبر عنه بالأثر الرجعي للقسمة.

وتعبـــر محكمـــة النقض عن ذلك بقولها : ان القسمة كاشفة للحق سواء كانت رضائية أو قضائية، فيعتبر المتقاسم مالكاً للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع وتثبت الملكية بها بين المتقاسمين حتى قبل تسجيلها[١].

أن القســـمة مفـــرزة أو كاشـــفة للحق سواء كانت عقداً أو قسمة قضـــائية لها أثر رجعي فيعتبر المتقاسم مالكاً للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع وأنه لم يمتلك غيرها في بقية الحصص وذلك حماية للمتقاســـم من الحقوق التي يرتبها غيره من الشركاء علي المال الشائع أثناء قيام الشيوع بحيث يخلص لكل متقاسم نصيبه المفرز الذي خصص لـــه فـــي القسمة مطهراً من هذه الحقوق وبوصفها كاشفة فتثبت الملكية بمقتضاها[٢].

(ب) نطاق الأثر الكاشف :

١- يتـــرتب الأثـــر المقـــرر للقسمة سواء كانت عينية أو بطريق التصـــفية متي رسا المزاد علي أحد الشركاء، حيث يعتبر هذا الشريك

---

(١) الطعن رقم ١٦٨٧ س ٥٢ق جلسة ١٩٨٦/٢/٩.

(٢) الطعن ١٦٨٧ لسنة ٥٢ ق، جلسة ١٩٨٦/٢/٩.

مالكـــاً للعين كلها منذ بدء الشيوع، ويعتبر الشركاء الآخرون وكأنهم لم يملكوا فيها شيئاً.

٢- إن الحكمة من تقرير الأثر الرجعي للقسمة هو حماية الشريك مـــن تصرفات شركائه في حصصهم قبل القسمة، حيث يحصل الشريك المتقاسم علي الجزء المفرز خالصاً من آثار أية تصرفات أبرمها غيره مـــن الشـــركاء أثـــناء قيام الشيوع. نظراً لأن كل تصرف صادر أثناء الشـــيوع من أحد الشركاء الآخرين علي هذا الجزء المفرز يعتبر غير نافذ في حق الشريك الذي اختص به لأنه صادر من غير مالك.

وتعبـــر محكمـــة الـــنقض عن ذلك بقولها: "يعتبر المتقاسم مالكاً للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع وأنه لم يملك غيرها شيئاً في بقية الحصص، فقد دلت علي أن القسمة مقررة أو كاشفة للحق سواء كانـــت عقـــداً أو قســـمة قضائية لها أثر رجعي، فيعتبر المتقاسم مالكاً للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع وانه لم يمتلك غيرها في بقـــية الحصص وذلك حماية للمتقاسم من الحقوق التي يرتبها غيره من الشـــركاء علي المال الشائع أثناء قيام الشيوع بحيث يخلص لكل متقاسم نصـــيبه المفـــرز الذي خصص له في القسمة مظهراً من هذه الحقوق وبوصفها من العقود الكاشفة فتثبت الملكية بمقتضاها فيما بين المتعاقدين بالعقد ذاته ولو لم يكن العقد مسجلاً"[1].

٣- لـــذا ينبغي حصر الأثر الرجعي للقسمة في حدود الحكمة منه دون تـــرتيب باقي الآثار التي ترتبط به، فلا يجوز للشريك المتقاسم أن يطالـــب بثمار حصته منذ بدء الشيوع أو أن يطلب استرداد ما أنفقه من مصـــروفات علي الأجزاء الأخرى، استناداً إلى أنه لم يكن يملك سوي هذه الحصة منذ بدء الشيوع.

وتعبر محكمة النقض عن ذلك بقولها : الثمار التي تنتج من المال الشـــائع أثناء قيام الشيوع من حق الشركاء جميعاً بنسبة حصة كل منهم

---

(١) الطعن ٧٤٥ لسنة ٥٤ق، جلسة ١٩٨٧/١٢/٢٣.

وإجــراء القســمة بعــد ذلك لا يجعل للمتقاسم حقاً في الاستئثار بثمار الحصـــة التـــي خصصت له الا من وقت حصول القسمة. ولا يقدح في ذلــك مـــا قضت به المادة ٨٤٣ من القانون المدني من اعتبار المتقاسم مالكاً للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع ذلك ان علة تقرير هذا الأثر الرجعي للقسمة هى أن يخلص نصيب الشريك إليه مطهراً من الحقــوق التـــى قد يرتبها الشركاء الآخرون على نصيبه، ويجب قصر إعمال الأثر الرجعي للقسمة في هذا النطاق واستبعاده في جميع الحالات التي لا يكون متعلقاً بحماية المتقاسم من تصرفات شركائه الصادرة قبل القسمة[١].

٤- إذا وردت القســمة علـــي عقــارات، فهي، باعتبارها تصرفاً كاشــفاً، تكون حجة علي المتقاسمين دون حاجة إلى تسجيل، ولكنها لا تكون حجة علي الغير إلا بالتسجيل. ويسري ذلك الحكم علي كل أنواع القسمة، سواء تمت بالاتفاق أو بحكم القاضي أو بحكم القانون[٢].

---

(١) نقض ١٩٦٥/١١/٢٥ س ١٦ ع ٣ ص ١١٤٥.

(٢) إذا كـــان ما حازه الشريك وآلت إليه ملكيته عقاراً فإنه لا يمكن الاحتجاج بهذه الملكـــية علي الغير إلا بتسجيل القسمة النهائية التي تحولت إليها قسمة المهايأة. ولا يقدح في ذلك أن القسمة تحصل في هذه الحالة بحكم القانون إذ الفقرة الثانية مـــن المـــادة العاشرة من قانون الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ توجب تسجيل كل قسمة عقارية حتى تكون حجة علي الغير دون أن تفرق في ذلك بين القسمة العقارية التي تتم بالاتفاق أو بحكم القاضي أو بحكم القانون، هذا إلى أن الأعمـــال التحضيرية للمادة ٨٤٦ من القانون المدني صريحة في وجوب اتخاذ إجـــراءات الشهر العقاري بالنسبة للقسمة التي تتحول إليها قسمة المهايأة حيث ورد فـــي قـــرار لجنة القانون المدني في محضر الجلسة السابعة والثلاثين أن النـــتائج العملية لحكم الفقرة الثانية تتحقق بالاتفاق أو عند النزاع بحكم ويتبع في أيهما إجراءات الشهر العقاري. (الطعن ٣٣٢ لسنة ٣٥ق، جلسة ١٩٦٩/٦/٢٦ س ٢٠ ص ١٠٨٤)

(ج) أهمية تسجيل القسمة العقارية بالنسبة للشركاء والغير :

تعبر محكمة النقض عن ذلك بقولها: عدم تسجيل القسمة لا يحول دون الاحتجاج بها علي من كان طرفاً فيها لما هو مقرر من أن تسجيل القسمة غير لازم في العلاقة بين المتقاسمين[1].

مؤدي المادة العاشرة من قانون الشهر العقاري أنه بمجرد حصول القسمة وقبل تسجيلها يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكـاً ملكـية مفرزة للجزء الذي وقع في نصيبه دون غيره من أجزاء العقـار المقسـم وأنـه لا يحتج بهذه الملكية المفرزة علي الغير إلا إذا سجلت القسمة[2].

والغير في حكم هذه المادة هو من تلقي حقاً عينياً علي العقار علي أسـاس أنـه مازال مملوكاً علي الشيوع وقام بتسجيله قبل تسجيل سند القسـمة، وأما من تلقي من أحد الشركاء حقاً مفرزاً فانه لا يعتبر غيراً ولـو سبق إلى تسجيل حقه قبل أن تسجل القسمة إذ أن حقه في الجزء المفـرز الـذي انصب عليه التصرف يتوقف مصيره علي النتيجة التي تنتهي إليها القسمة[3].

---

(١) الطعن رقم ١٩٤١ س ٥٠ق، جلسة ١٩٨٤/٦/٥.

(٢) نقض ١٩٦٤/٤/٢ س ١٥ع٢ ص ٥٠٣؛ الطعن ٩٨٣ س ٥٨ق، جلسة ١٣/٥/١٩٩٠.

(٣) الطعن ٢٥٠١ لسنة ٥٢ ق، جلسة ١٩٩١/١/١٦؛ الطعن ١٠٠٤ لسنة ٤٦ ق، جلسة ١٩٩٢/١/٥.

الغير في حكم المادة العاشرة من القانون رقم ١١٤ سنة ١٩٤٦ في شأن تنظيم الشـهر العقـاري – وعلي ما جري عليه قضاء هذه المحكمة هو من تلقي حقاً عينـياً علي العقار علي أساس انه مازال مملوكاً علي الشيوع وقام بتسجيله قبل سـند القسمة، أما من تلقي من أحد الشركاء خقاً مفرزاً فانه لا يعتبر غيراً ولو سبق إلى تسجيل حقه قبل أن تسجل القسمة فيحتج عليه بهذه القسمة. الطعن رقم ١١٣ س ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/٣/٨

جري قضاء هذه المحكمة علي أن عدم تسجيل عقد القسمة لا يمنع غيــر المتقاســمين مــن التمسك بحصول القسمة وخروج أحد الشركاء بمقتضاها من حالة الشيوع واستقلاله بجزء من العقار وفقدانه تبعا حق الشفعة ذلك أن التسجيل هنا إنما شرع لفائدة الغير صونا لحقوقهم فعدم حصوله لا يصح أن يعود بضرر عليهم وينفع من لم يقم به[1].

متي كان الحكم إذ قرر أن القسمة مقررة للحق وليست منشئة له وتسجيلها غير لازم للاحــتجاج به فيما بين المتعاقدين أو طرفي الخصومة في دعوي القسمة وان كان واجبا بالنسبة للغير وهم من لهم حقوق عينية علي العقار محل القسمة وليس من بينهم المستأجر لأنه صاحب حق شخصي فإن هذا الرد الذي قرره لا خطــأ فــيه ويتفق مع المادة العاشرة من قانون الشهر العقاري رقم ١٤١ لسنة ١٩٤٦. (الطعن ٩٦ لسنة ٢٢ ق - جلسة ١٩٥٥/١١/٣)

(١) الطعن ٩٨ لسنة ٢٢ق، جلسة ١٩٥٥/٣/١٧.

الغــرض مــن تسجيل القسمة لإمكان الاحتجاج بها علي الغير هو شهرها حتى يكــون فــي اســتطاعة هذا الغير أن يعلم وقت صدور التصرف إليه من أحد المتقاســمين ما إذا كان العقار موضوع التصرف قد وقع في القسمة في نصيب المتصرف أو لم يقع. (نقض ١٩٦٦/٢/٢٤ س ١٧ ص ٤١٢)

أن المــادة ١٠ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦الخاص بالشهر العقاري - إذ تــنص علــي أن " جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية يجب كذلك تسجيلها ويترتب علي عدم التسجيل أن هذه الحقوق لا تكون حجة علي الغير - ويسري هذا الحكم علي القسمة العقارية ولو كان محلها أموالا موروثة، فإن مؤدي ذلك أنه يجوز للغير اعتبار حالة الشيوع لا تــزال قائمــة طالمــا أن عقد القسمة أو الحكم المقرر لها لم يسجل وإذ كان التســجيل فــي هــذه الحالة قد شرع لفائدة الغير وصونا لحقه فإنه يكون له أن يرتضــي القســمة التــي تمــت ويعتبر بذلك متنازلا عن هذا الحق الذي شرع لفائدته. (الطعن ٣٠٢ لسنة ٢٤ ق، جلسة ١٩٥٩/١/١٥ س ١٠ ص ٤٢)

(د) أثـــر القسمة غير المسجلة علي المشتري من أحد الشركاء في العقار بعقد مسجل قبل القسمة :

ينبغي التفرقة بين عدة فروض :

أولا : التصـــرف فـــي قـــدر شائع : إذا اشتري شخص من أحد الشـــركاء نصـــيبه أو بعضه شائعاً وسجل عقده قبل تسجيل عقد القسمة أعتبـــر المشتري من الغير، وبالتالي لا يحتج عليه بهذه القسمة، يستوي في ذلك أن يكون شراؤه سابقاً علي إجراء القسمة أم لاحقاً لها، ويصبح في الحالين شريكاً في العقار الشائع بقدر الحصة التي اشتراها، ويكون هـــو دون البائع له صاحب الشأن في القسمة التي تجري بخصوص هذا العقار قضاء أو اتفاقاً، بل له أن يطلب إجراء قسمة جديدة إذا لم يرتض القسمة التي تمت دون أن يكون طرفاً فيها[1].

ثانـــيا: التصرف في قدر مفرز قبل القسمة: إذا كان البيع منصبا علـــي جزء مفرز من العقار الشائع وكان سابقاً علي إجراء القسمة بين الشـــركاء فأن المشتري في هذه الحالة لا يعتبر ــ حتى ولو سجل عقده قبل تسجيل القسمة ــ شريكاً في العقار الشائع ولا يكون له أي حق من

---

(١) نقض ١٩٩٠/٥/١٣ طعن ٩٨٣ س ٥٨ق.

فـــان مـــن اشـــتري من أحد الشركاء نصيبه أو بعضه شائعاً وسجل عقده قبل تسجيل القسمة فانه يعتبر غيراً، وبالتالي فلا يحتج عليه بهذه القسمة، يستوي في ذلـــك أن يكون شراؤه سابقاً علي إجراء القسمة أو لاحقاً لها مادامت هذه القسمة لـــم تسجل قبل تسجيل عقده، ويصبح في الحالين بمقتضى عقد شرائه شريكا في العقـــار الشـــائع بقدر الحصة التي اشتراها، ويضحي هو دون الشريك البائع له صاحب الشأن في القسمة التي تجري بخصوص هذا العقار اتفاقاً أو قضاء، فإذا تجاهلـــه شـــركاؤه وأجـــروا القسمة مع الشريك الذي باع له نصيبه فلا يجوز الاحـــتجاج علـــيه بهـــا، كما أن له حتى ولو كان قد اشتري بعد قسمة أجراها الشـــركاء فـــيما بيـــنهم أن يطلب إجراء قسمة جديدة إذا لم يرتض القسمة التي تمت. (الطعن رقم ١٠٣ س ٥١ ق جلسة ١٩٨٦/٢/١٢)

حقــوق الشــركاء وبالتالــي لا يلزم تمثيله في القسمة. ومتي تمت هذه القســمة بــين الشركاء، فإنها تكون حجة عليه، ولو لم يكن طرفاً فيها، ويترتب عليه في حقه ما يترتب عليها في حق المتقاسمين من إنهاء حالة الشــيوع واعتــبار كل متقاسم مالكاً للجزء المفرز الذي وقع في نصيبه ويتحدد بهذه القسمة مصير التصرف الصادر إليه، فإذا وقع القدر المبيع المفــرز في نصيب الشريك البائع خلص له هذا القدر وان لم يقع انتقل حقه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى البائع بطريق القسمة[١].

---

(١) الغير في حكم المادة العاشرة من قانون الشهر العقاري هو من تلقي منها عينيا علي العقار علي أساس أنه مازال مملوكا علي الشيوع وقام بتسجيله قبل تسجيل ســند القســمة أما من تلقي من أحد الشركاء حقاً مفرزاً فإنه لا يعتبر غيراً ولو ســبق إلــى تسجيل حقه قبل أن سجل القسمة إذ أن حقه في الجزء المفرز الذي انصــب عليه التصرف يتوقف مصيره علي النتيجة التي تنتهي إليها القسمة مما مفــاده أن القسمة غير المسجلة يحتج بها علي من أشتري جزءاً مفرزاً من أحد المتقاســمين ويتــرتب عليها في شأنه ما يترتب عليها في شأن المتقاسمين من إنهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكاً للجزء المفرز الذي وقع في نصيبه بموجب القسمة. (الطعن ١٨٦٩ لسنة ٥٧ ق، جلسة ١٩٨٩/١١/٣٠)

ومــن ثــم فانــه لا يكون لمن اشتري جزءاً مفرزاً لم يقع في نصيب البائع له بمــوجب القســمة أن يطلب الحكم بصحة عقد البيع بالنسبة إلى ذلك الجزء ذاته طالمــا أن القســمة وان كانت لم تسجل تعتبر حجة عليه وترتب انتقال حقه من الجــزء المفرز المعقود عليه إلى النصب الذي اختص به البائع له بموجب تلك القسمة. (الطعون ٦٧٩، ٧٢٥، ٧٤٣ لسنة ٥١ ق، جلسة ١٩٨٥/١٢/١٩)

وخلص القدر المبيع لمن خصص له في القسمة مطهراً من هذا التصرف وبذلك يصبح استمرار المشتري في وضع يده علي هذا القدر مجرداً من السند ويكون لمــن اخــتص به الحق في استلامه من تحت يد المشتري، كما يحق ذلك ممن اختص به ولو لم يسجل عقده.(الطعن ٦٨٦ لسنة ٤٨ ق، جلسة ١٩٨١/١٢/١٣ س ٣٢ ص ٢٢٧٧)

ثالــثا: التصرف في قدر مفرز بعد القسمة: إذا كان التصرف في الجزء المفرز لاحقاً لإجراء قسمة لم تسجل فإن الأمر لا يخرج عن أحد فرضين:

(الأول) أن يكــون الشــريك الــبائع قد تصرف في نصيبه الذي خصــص لــه فــي القســمة، وفي هذه الحالة تكون القسمة حجة علي المشــتري، ولا يجــوز له أن يتحلل منها بحجة عدم تسجيلها، إما علي أســاس أنــه لا يعتبــر من الغير في حكم المادة ١٠ من قانون الشهر العقاري، لأنه قد يبني حقه علي أساس القسمة التي تمت لا علي أساس أن الشيوع مازال قائما، وإما علي أساس أنه بشرائه الجزء المفرز الذي اخــتص بــه الشــريك الــبائع بمقتضى القسمة غير المسجلة يكون قد ارتضاها. **(الثانــي)** أن يقع التصرف علي جزء مفرز غير الجزء الذي اختص به الشريك البائع بمقتضى القسمة غير المسجلة – في هذه الحالة لا يتلقي المشتري حقه علي أساس القسمة إذ هو قد أنكرها بشرائه ما لم تخصصــه للــبائع لــه، وإنما علي أساس أن الشيوع مازال قائماً رغم إجراء القسمة، ومن ثم فإن المشتري إذا سجل عقده قبل تسجيل القسمة يعتبــر فــي هذا الفرض من الغير، ولا يحتج عليه بالقسمة التي تمت، ويكون له إذا لم يرتض هذه القسمة أن يطلب إجراء قسمة جديدة[١].

الفرع الثاني

الضمان في القسمة

(أ) ضمان التعرض والاستحقاق[٢]:

ترتب القسمة التزاماً متبادلاً بين المتقاسمين بالضمان، حيث يضمن بعضــهم لــبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق. يكون لكل متقاسم

---

(١) نقض ١٩٦٥/١٢/٢ س ١٦ ع ٢ ص ١٧٧.

(٢) ولا ضمان للعيوب الخفية في القسمة.

الحق في الرجوع علي بقية المتقاسمين بالضمان إذا وقع له تعرض أو استحقاق لسبب سابق علي القسمة، أي أن كل متقاسم يضمن للمتقاسمين الآخرين ما قد يقع لهم من تعرض أو استحقاق في الحصة المفرزة التي آلت إليهم نتيجة القسمة.

والأصـــل أن ضمان التعرض والاستحقاق يترتب علي عقد البيع بوصـــفه عقـــد ناقل للملكية، حيث يضمن البائع للمشتري ملكية الشيء الذي نقله له. إلا أن المشرع رتب هذا الضمان علي القسمة بالرغم من أنهـــا تصـــرف كاشف، ولا يعتبر المتقاسمون خلفاء لبعضهم، ومن ثم تســـري أحكام ضمان التعرض الواردة بشأن البيع علي عقد القسمة[١]، علـــي أســـاس ضرورة تحقيق المساواة فيما بين المتقاسمين. فإذا حدث تعـــرض أو استحقاق لأحد الشركاء فإن ذلك يؤدي إلى اختلال المساواة بينهم، لذا وجب الضمان.

فـــإذا فـــرض ان تعـــرض شخص من الغير لأحد المتقاسمين بعد القســـمة واستحق بعض أو كل المال الذي وقع في نصيب هذا المتقاسم

---

(١) أحكـــام ضـــمان التعرض الواردة في التقنين المدني ضمن النصوص المنظمة لعقـــد البـــيع ليســـت قاصرة عليه بل هي تسري علي كل عقد ناقل للملكية أو الحـــيازة أو الانـــتفاع وإذ كانـــت قسمة المال الشائع – وعلي ما جري به نص المـــادة ٨٤٢ مـــن القانون المدني – من شأنها زوال حالة الشيوع وانفراد كل متقاســـم بملكـــية الجزء الذي أنتجته له القسمة دون باقي الأجزاء التي آلت إلى باقـــي المتقاسمين والتي كان يملك – قبل القسمة حصته شائعة فيها مقابل زوال مـــا كان يملكه باقي المتقاسمين من قدر شائع في الجزء الذي آل إليه، فان عقد قســـمة المـــال الشـــائع يخضع لذات أحكام ضمان التعرض المقررة لعقد البيع وبالقـــدر الذي لا يتعارض مع ما للقسمة من أثر كاشف فيمتنع على كل متقاسم أبدا التعرض لأي من المتقاسمين معه في الانتفاع بالجزء الذي آل إليه بموجب عقد القسمة أو منازعته فيه، لما كان ذلك وكان ما دفع به الطاعنون من سقوط عقـــد القسمة بالتقادم هو منهم تعرض للمتقاسمين معهم يمتنع قانونا عليهم، فان هذا الدفع يكون غير مقبول. (الطعن رقم ١١٣٠ س ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/٣/٨)

حـــيث تبين أن هذا المال لم يكن ملكاً للشركاء، فإنه ليس من العدل أن يحتمل هذا الشريك وحده هذه الغلطة ويحرم من كل أو بعض حقه بينما يأخذ الباقون حقوقهم كاملة. لذا كان من العدل السماح للشريك الذي وقع لـــه التعـــرض أو الاســـتحقاق بالـــرجوع بالضمان علي باقي الشركاء لتعويضه عما أصابه من خسارة.

ويشـــمل الالتـــزام بالضـــمان التعرض والاستحقاق معاً وكلاهما صـــورة واحدة من الضمان، حيث يلتزم الضامن بضمان التعرض أي باتخاذ كل ما يلزم لدفع تعرض الغير، الذي يتمثل في ادعاء ملكية المال الذي آل إلى المتقاسم نتيجة القسمة، فإذا لم ينجح في ذلك واستحق الغير المال المضمون التزم الضامن بالتعويض عن هذا الاستحقاق.

(ب) شروط قيام الضمان :

"يضـــمن المتقاســـمون بعضـــهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق بسبب سابق علي القسمة، ويكون كل منهم ملزماً بنسبة حصته أن يعـــوض مســـتحق الضمان، علي أن تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمـــته وقـــت القسمة فإذا كان أحد المتقاسمين معسراً وزع القدر الذي يلزمه علي مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين.

غيـــر انـــه لا محـــل للضمان إذا كان هناك اتفاق صريح يقضي الإعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها، ويمتنع الضمان أيضا إذا كان الاستحقاق راجعاً إلى خطأ المتقاسم نفسه" [1].

مـــؤدي ذلك أنه إذا استحق نصيب أحد الشركاء أو بعضهم للغير، فيـــرجع علـــي الشـــركة بقدر ما استحق وينقص علي كل شريك بقدر حصته. فمثلاً إذا تبادلت القسمة عيناً، ثبت بحكم بعد القسمة أنها ليست مـــن التـــركة، وأنها مملوكة لغير مورث المتقاسمين أو لغير الشركاء، وإنمـــا تناولـــتها القسمة لثبوت يد المورث عليها أو نحو ذلك ثم نازع

---

(١) م ٨٤٤ مدني.

مالكها الوارث الذي صارت إليه بالقسمة وحكم علي من تعينت له فكان ذلك سبباً في انتقاصه كان له الرجوع غلي الشركاء بقدر ما استحق من نصـــيبه، ويـــنقص كل بقدر حصته، والعبرة بثمن ذلك وقت القسمة لا بالثمن وقت الطلب.

وينبغـــي إعمـــال الأحكـــام الواردة بالنص مع استكمالها بالمبادئ العامـــة للضمان الواردة في عقد البيع ما دامت لا تتعارض مع طبيعة القسمة. ويمكن القول، بصفة عامة، بأن القواعد التي تحكم ضمان البائع هي التي تحكم ضمان المتقاسم، ويمكن إجمال هذه القواعد فيما يلي :

أولا : وقوع تعرض أو استحقاق من الغير : يجب أن يقع تعرض أو اســـتحقاق من الغير والمقصود هو التعرض القانوني وليس المادي، فالمتقاســـم كالبائع لا يضمن التعرض المادي الصادر من الغير. ويتمثل التعـــرض القانونـــي في ادعاء حق علي النصيب الذي آل إلى المتقاسم نتيجة القسمة، كأن يدعي عليها حقاً عينياً كحق انتفاع أو حق ارتفاق أو حقاً شخصياً كالإيجار أو يدعي ملكيته لهذا النصيب أو بعضه.

ويجب أن يقع التعرض بالفعل، وذلك كأن يدعي الغير وجود الحق ويـــرفع دعوي بهذا الحق أو يقدم أدلة جادة علي صدق ما يدعيه. ولا يلزم بالضرورة رفع دعوي من الغير وصدور حكم لصالحة بالاستحقاق كشـــرط للرجوع بالضمان علي الشركاء بل يكفي التعرض لأنه ينبئ عن استحقاق محتمل.

ويجب أن يكون التعرض صادر من الغير لا من أحد المتقاسمين، فالتعـــرض الصادر من متقاسم آخر يخضع للقواعد العامة التي تقضي بأن يمتنع المتقاسم عن التعرض المادي لمتقاسم آخر. فإذا تمثل نصيب الشريك في محل تجاري، امتنع علي الشريك الآخر أن يقوم بفتح محل مماثل بجواره لمنافسته وجذب العملاء منه حيث يخالف ذلك مبدأ حسن النية في تحديد مضمون عقد القسمة وتنفيذه.

أمـــا إذا كان تعرض المتقاسم مبنياً علي سبب قانوني، كأن يتبين وجـــود مال مملوك له ملكية خاصة، إلا أنه دخل القسمة بطريق الخطأ ووقـــع فـــي نصيب متقاسم آخر، كان للمتقاسم المالك حق استرداد هذا

المـــال ويـــرجع المتقاسم الذي حرم من نصيبه بضمان الاستحقاق علي باقي المتقاسمين.

ثانـــياً: ســـبب ســـابق علـــي القســـمة: يجب أن يكون التعرض والاســـتحقاق راجعين إلى سبب سابق علي القسمة، أي أن يكون الحق الـــذي يدعـــيه الغير موجود قبل القسمة. لا يضمن المتقاسمون بعضهم لـــبعض مـــا قد يقع من تعرض أو استحقاق، إلا فيما كان منهما لسبب سابق علي القسمة، فيمتنع الضمان إذا كان التعرض أو الاستحقاق لسبب لاحـــق علي القسمة[1] فلا ضمان في حالة نزع ملكية المال من تحت يد المتقاســـم للمنفعة العامة بعد القسمة. وعلي عكس ذلك يقوم الضمان إذا ثـــبت أن شخصاً من الغير كان مالكاً لبعض الأموال المقسمة أو كان له عليها حق موجب للضمان.

إلا أنه ينبغي ملاحظة أن الضمان يقوم في حالة وجود سبب لاحق علـــي القســـمة إذا كـــان هذا السبب راجع إلى تصرف أحد المتقاسمين الآخـــرين، ولكن الرجوع بالضمان هنا يكون علي المتقاسم الذي صدر منه التصرف سبب التعرض[2].

---

(١) لا يضـــمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما يقع من تعرض أو استحقاق إلا فيما كـــان مـــنهما لســـبب ســـابق علي القسمة، فيمتنع الضمان إذا كان التعرض أو الاستحقاق لسبب لاحق للقسمة. (نقض ١٩٦٢/٤/٢٦ س ١٣ ع ٢ ص ٥٠٦)

مـــن المقرر وفقاً لنص المادة ٨٤٤ من القانون المدني أن المتقاسمين يضمنون بعضـــهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق علي القسمة ذلك لأن ضـــمان التعـــرض يقوم علي أساس أن القسمة تقتضي المساواة التامة بين المتقاسمين فإذا وقع لأحدهم تعرض أو استحقاق فقد انتفت هذه المساواة ووجب الضـــمان، ومـــن المقـــرر أيضـــا أن تسجيل القسمة غير لازم في العلاقة بين المتقاسمين. (الطعن ٨٤٩ لسنة ٥١ق ، جلسة ١٩٨٥/٣/١٢)

(٢) وقد ورد هذا الحكم بالمادة ٥٠٨ في شأن البيع حيث يلتزم البائع بالضمان في حال التعرض لسبب لاحق للبيع بتصرف من البائع نفسه.

ثالثا: عدم رجوع الاستحقاق إلى خطأ المتقاسم: ليس للمتقاسم أن يرجع بالضمان علي المتقاسمين الآخرين إذا كان استحقاق المال راجعا إلـــى خطئه، فهو يتحمل وحده نتيجة خطئه. مثال ذلك أن يأتي شخص من الغير مدعياً وجود حق له علي العين فيقر له المتقاسم بذلك مباشرة، ثـــم يتبـــين عـــدم صحة هذا الادعاء وعدم وجود الحق. أو كأن يهمل المتقاســـم فـــي إخطار المتقاسمين الآخرين بالتعرض الذي وقع له من الغيـــر ويمضي في الدعوى وحده إلى أن يخسرها ثم يتبين عدم صحة الدعـــوى وأن باقـــي الشـــركاء كانـــت لديهم الوسيلة الأكيدة لدفع هذه الدعوى.

رابعـاً : إذا توافـــرت الشـــروط السابقة، كان من حق المتقاسم الرجوع بالضمان علي باقي **الشركاء** المتقاسمين، ما لم يكن عقد القسمة قد تضمن اتفاقاً يقضي **بالإعفاء من** الضمان في الحالة الخاصة التي نشأ عـــنها. فـــلا يكفي لإسقاط الضمان ان يكون المتقاسم علي علم بالسبب الـــذي قـــد يؤدي إلى الاستحقاق، ولا يكفي وجود شرط عام يعفي من الضمان، كما هو الحال في البيع، بل يجب الاتفاق صراحة علي السبب المراد الإعفاء منه[1].

(ج) آثار الضمـــــان :

إذا حـــدث التعـــرض للشـــريك المتقاسم وجب عليه إخطار باقي الشـــركاء، ويجـــب أن يـــدخلهم في الدعوى المرفوعة عليه من الغير المتعرض ليقوموا بواجبهم في الدفاع عنه[2].

---

(١) مفـــاد نص المادة ٢/٨٤٤ من القانون المدني. أنه لا محل للضمان في القسمة إذا وجـــد شـــرط صـــريح في العقد يقضي بالإعفاء من الضمان وذكر في هذا الشـــرط سبب الاستحقاق بالذات المراد الإعفاء من ضمانه. (نقض ١٩٧٥/٤/١ س ٢٦ ص ٧٢٨)

(٢) ولـــم يـــنص المشـــرع علي حكم خاص بتقادم ضمان المتقاسم، ومن ثم فإنه يخضـــع للقاعدة العامة أي تقادمه بمضي خمس عشرة سنة تبدأ في السريان من وقت ثبوت الاستحقاق (م ٣٧٥، ٣٨١ مدني)

فإذا نجح الغير في دعواه وحكم له بحقه أي بالاستحقاق فعلاً، فإن المتقاسمين يلتزمون بالضمان أي بتعويض المتقاسم عن نصيبه أو عما نقــص مــنه بسبب الاستحقاق، ويتحمل التعويض جميع المتقاسمين كل بنســبة حصــته بمــا في ذلك المتقاسم الذي تعرض للاستحقاق، وذلك لإعادة المساواة التي اختلت نتيجة الاستحقاق بين المتقاسمين. وإذا كان أحــد المتقاســمين معسراً وزع القدر الذي يلزمه علي مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين.

وانطلاقاً من مبدأ المساواة أيضا فأن العبرة في تقدير قيمة الشيء تكــون بقيمــته وقت القسمة لا وقت الطلب أو وقت الاستحقاق، وتقدر بالتالي قيمة التعويض علي هذا الأساس.

ويجــدر التذكرة بأن حق المتقاسم، ضحية الاستحقاق، يكون ديناً ممــتازاً أي مضــموناً بامتــياز المتقاسم، أي له الأولوية علي الدائنين الآخرين في التنفيذ علي أموال بقية المتقاسمين بسبب القسمة.

(د) ظهور دائن أو موصي له أو وارث آخر :

إذا ظهــر دائن أو موصي له أو وارث لم يشترك في القسمة، فإن أمكــن لــه أن يحصل علي حقه من المتقاسمين بالتراضي معهم فيها، وتبقــي القسمة علي حالها، وأن تعذر ذلك تنقض القسمة ويأخذ حقه من رأس التــركة أو من الباقي منها بأيدي المتقاسمين، ولمن أخذ منه شيء أزيد مما هو واجب عليه أن يرجع علي باقي المتقاسمين بقدر ما نقص من نصيبه، ويتحمل كل متقاسم جزءاً يتناسب مع حصته، والعبرة بقيمة الشيء (بثمن ذلك) وقت القسمة[١].

---

(١) القــواعد التــى تحكم ضمان البائع هى التى تحكم ضمان المتقاسم، وعى ذلك فالمتقاســم الذى يعلم وقت القسمة أن ما اختص به فيها مهدد بخطر الاستحقاق لســبب أحيط به علمًا عن طريق من تقاسم معه أو من أى طريق آخر لا يسوغ له، فى حالة الاستحقاق، أن يرجع على قسيمه إلا بقيمة ما استحق وقت القسمة، لأن تعيــين قــيمة الأموال المستحقة فى عقد القسمة يقابل تعيين الثمن فى عقد
=

المبحث السادس

صور خاصة من الملكية الشائعة

نعــرض فـــي هذا الصدد لكل من الشيوع الإجباري، ثم نتناول ملكـــية الشـــقق والطبقات كتطبيق من تطبيقات الملكية المشتركة حيث تـــنطوي في جزء منها علي نوع من الشيوع الإجباري بين الملاك، ثم ننتهي بدراسة ملكية الأسرة[1].

المطلب الأول

الشيوع الإجباري

(أ) مفهـــــوم :

الشـــيوع الإجباري هو ذلك النوع من الشيوع الذي لا يجوز لأي من الشركاء طلب قسمته، إذ لا تجوز فيه القسمة أبداً، ونظراً لأن المال الشائع يكون معداً لغرض تنتفي معه القسمة، ومن ثم "ليس للشركاء في

البـــيع، والمقـــرر فى أحكام عقد البيع، على ما يستفاد من نص المادة ٢٦٥ من القانـــون المدنى، أن البائع لا يضمن سوى الثمن متى كان المشترى عالمًا وقت الشـــراء بســـبب الاستحقاق وأنه مع هذا العلم لا حاجة إلى شرط عدم الضمان ليمتـــنع علـــى المشترى الرجوع على البائع بأى تعويض فى حالة الاستحقاق. (الطعن ١٢٠ لسنة ١٥ق، جلسة ١٩٤٦/١٠/١٠).

إذا كانـــت المحكمـــة، فى دعوى ضمان المتقاسم، قد أحسنت فهم حكم القانون وحكـــم عقد القسمة وطبقهما تطبيقًا صحيحًا على واقعة الدعوى، ولكنها لم تبين كـــيف أن هـــذا التطبـــيق الصـــحيح قد أدى إلى المبلغ الذى قضت به لطالب الضـــمان، فـــإن حكمها يكون قاصر الأسباب باطلاً فى هذا الخصوص.(الطعن ١٢٠ لسنة ١٥ ق، جلسة ١٩٤٦/١٠/١٠)

(١) ومـــن تطبيقات الشيوع الإجبارى أيضًا الحائط المشترك الذى سبق أن تناولنا دراسته ص ٦٠.

مـــال شائع أن يطلبوا قسمته إذا تبين من الغرض الذي أعد له المال أنه يجب أن يبقي دائماً علي الشيوع"[1].

ويمكن القول بوجود نوعين من الأموال في حالة شيوع إجباري:

الأول : الشـــيوع الإجـــباري الأصلي، حيث توجد الملكية الشائعة مســـتقلة بنفســـها وليست في خدمة عقارات مملوكة ملكية مفرزة، مثال ذلـــك ملكـــية الأسرة من وثائق وأوسمة ومبان تقام في المقابر. هنا يتم تخصـــيص مـــثل هذه الأموال بصفة أصلية لغرض مشترك أو للانتفاع الجماعي علي نحو يتنافي معه قسمتها.

الثانـــي : الشيوع الإجباري التبعي، ومحله أشياء تخصص بصفة تبعـــية لخدمة عقارات مملوكة لأكثر من مالك ملكية مفرزة. مثال ذلك الآبـــار والســـواقي والقـــنوات والجسور المخصصة لخدمة الأراضي الزراعية المملوكة لعدة ملاك، وكذلك المدرات والطرق التي تربط بين عـــدة عقارات ويدخل في ذلك أيضاً الحائط الفاصل المشترك بين أكثر من مالك.

ولا شـــك أن الشيوع الإجباري الثانوي أو التبعي يعد أكثر أهمية، وتـــزداد تلـــك الأهمية في الوقت الحاضر مع انتشار التقدم العمراني، ويـــبدو ذلك واضحاً بالنسبة لملكية الطبقات والشقق التي ستعرض لها بالتفصيل.

(ب) حق المالك في الشيوع الإجباري :

يعتبـــر حـــق المالـــك في الشيوع الإجباري حقاً شائعاً وليس حق ارتفاق، وله أن يباشر حقه بوصفه مالكاً علي الشيوع علي كل قسم من المـــال الشـــائع، ولا يســـقط هذا الحق بعدم الاستعمال لأننا بصدد حق ملكية[2].

---

(١) م ٨٥٠ مدنى.

(٢) السنهوري، ص ٩٨٨.

ويتمـــتع الشريك في الشيوع الإجباري بسلطات مادية أوسع نطاقاً مـــن الشـــيوع العادي في استعمال الشيء الشائع والإفادة منه فيما هو مخصـــص له، بل إن له إجراء تعديلات أو تغييرات في الشيء الشائع بقصد تسهيل استعماله، بشرط ألا يؤدي ذلك إلى تغيير تخصيص الشيء أو إلحـــاق الضرر بالملاك الآخرين،أو منع أو تعويق انتفاعهم به، مثال ذلـــك حـــق الشريك في الطريق في تمهيده وتحسينه وفتح مطلات عليه ولكـــن لـــيس من حقه أن يكدس علي جانبيه بضائع أو مواد بناء تعوق سير الآخرين.

ليس من حق الشريك في الشيوع الإجباري طلب قسمته، ولا يجوز لـــه النزول عن حصته أو التصرف فيها إلا بالتبعية للعقار الذي تعتبر مـــن ملحقاتـــه وتوابعه. ويلتزم كل شريك بالمساهمة في تكاليف حفظ وصيانة المال بنسبة حصته فيه.

المطلب الثاني
ملكية الطبقات والشقق

تمهيد:

تـــزداد أهمية هذا الموضوع في الوقت الراهن مع انتشار التوسع العمراني والكثافة السكانية حيث تزداد حركة البناء بشكل كبير والاتجاه إلـــى بناء المساكن المشتركة لصعوبة الاستقلال بمسكن منفرد لارتفاع أســـعار الأراضي ومواد البناء. لذا يزداد اهتمام القوانين الحديثة بتنظيم هـــذا الموضـــوع، ويوليه الفقه العديد من الأبحاث لما يثيره من مشاكل وأهمية عملية متزايدة.

يمكن أن يتعدد ملاك البناء الواحد حيث يكون لكل منهم طابق أو شـــقة مـــن طابق. هنا نوجد بصدد نوعين من الملكية: ملكية مفرزة أو مستقلة حيث يكون لكل مالك ملكية خالصة وكاملة الطبقة أو الشقة التي يختص بها، وملكية شائعة بالنسبة للأجزاء المشتركة من المبني، أي أن هـــذه الأجزاء تكون في حالة شيوع إجباري لأنها مخصصة للاستعمال المشترك. وعلي هذا نقسم دراستنا إلى أجزاء ثلاثة هي علي الترتيب :

أولا : ملكية الأجزاء المشتركة.

ثانياً : ملكية الأجزاء المفرزة.

ثالثاً : تنظيم العلاقة بين صاحب السفل وصاحب العلو.

الفرع الأول

ملكية الأجزاء المشتركة

(أ) تحديد الأجزاء المشتركة :

تــتحدد الأجــزاء المشتركة في المبني أي المملوكة علي الشيوع بالاتفــاق بــين الشــركاء، وغالــباً ما تتضمن سندات الملكية مثل هذا التحديد، ويعطي القانون بعض الأمثلة علي ذلك، فمثلاً " إذا تعدد ملاك طــبقات الدار أو شققها المختلفة فإنهم يعدون شركاء في ملكية الأرض، وملكــية أجــزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع، وبوجه خــاص الأساســات والجــدران الرئيسية، والمداخل والأفنية والأسطح والمصاعد والممرات والدهاليز وقواعد الأرضيات، وكل أنواع الأنابيب إلا ما كان منها داخل الطبقة أو الشقة، وكل هذا ما لم يوجد في سندات الملك ما يخالفه" [1].

ولا يعــد هــذا الــتعداد من قبيل حصر الأجزاء المشتركة بل إننا بصــدد مجــرد أمثلة حيث يدخل في تلك الأجزاء السلم أيضاً، ويمكن القــول بصــفة عامــة – طــبقاً لتعبير القانون الفرنسي – أن الأجزاء المشــتركة هــي تلــك غير المخصصة لاستعمال أحد الملاك.وبالنسبة للحــوائط الفاصــلة بين شقتين فإن ملكيتها تكون مشتركة بين أصحاب هاتين الشقتين.

---

(١) م ٨٥٦ مدني.

(ب) حقوق الملاك في الأجزاء المشتركة :

تعتبر الأجزاء المشتركة مملوكة علي الشيوع لجميع ملاك الطبقات والشقق، وهي معدة للاستعمال المشترك ولا تقبل القسمة أبداً حيث أنها في حالة شيوع إجباري.

ويتحدد نصيب كل مالك في هذه الأجزاء بالاتفاق المثبت في سند التمليك. وفي حالة عدم التحديد، فالقاعدة هي أن نصيب كل مالك يكون بنسـبة قيمة الجزء الذي يملكه في الدار أي بنسبة قيمة طبقته أو شقته. وتقدر قيمة الجزء المفرز الذي يملكه المالك بوقت إنشاء الدار والتي – غالبا – ما تكون محددة في سند التمليك، ومن ثم فلا عبرة بما قد يطرأ علـي تلك القيمة من تغييرات بالزيادة أو النقصان بسبب التحسينات أو الاستهلاك.

ولا يجـوز لأي من الشركاء أن يتصرف في نصيبه من الأجزاء المشـتركة بصـفة مسـتقلة عـن الطبقة أو الشقة التي يملكها، بل إن التصـرف في الشقة أو الطبقة يشمل بالضرورة نصيب المتصرف في الأجزاء المشتركة.

وكـل مالك في سبيل الانتفاع بالجزء الذي يملكه في الدار حر في أن يسـتعمل الأجـزاء المشـتركة فيما أعدت له، علي ألا يحول دون استعمال باقي الشركاء لحقوقهم. إذ يجوز لكل شريك أن يستعمل وينتفع بـتلك الأجـزاء بشرط ألا يخرج بها عن وظيفتها وألا يضر بالبناء أو بباقـي الشركاء. فمثلاً لا يجوز لأحد الملاك استعمال السلم في عرض منتجاته وبضائعه.

(ج) التعديل والتصرف في الأجزاء المشتركة :

يجوز لأي من الملاك القيام بأي تعديل في الأجزاء المشتركة ولو بـدون موافقة الملاك بشروط أربعة : أن يتم التعديل علي نفقة الشريك الذي يستقل بأحداثه، وأن يكون من شأنه تسهيل استعمال تلك الأجزاء،

وألا يغير التعديل من تخصيصها، أو يلحق الضرر بالملاك الآخرين[1].

وفيما عدا ذلك فالتعديل غير جائز إلا بموافقة جميع الشركاء، فلا يجوز لأي مالك إحداث أي تعديل في الأجزاء المشتركة من شأنه أن يمس بسلامة البناء أو يغير من شكله الخارجي، حتي ولو كان هذا التعديل عند تجديد البناء.

وبالنسبة للتصرف فإنه لا يجوز لأي من ملاك الطبقات أو الشقق التصرف في نصيبه من الأجزاء المشتركة استقلالاً عن الطبقة أو الشقة التي يملكها في البناء. ومن جهة أخري فإن التصرف في الطابق أو الشقة أو الحجز علي أي منهما يشمل بالضرورة ما يقابلها من الأجزاء المشتركة باعتبارها من الملحقات.

(د) التزامات الشركاء :

علي كل مالك أن يشترك في تكاليف حفظ الأجزاء المشتركة وصيانتها وإدارتها وتجديدها، ويكون نصيبه في هذه التكاليف بنسبة قيمة الجزء الذي له في الدار ما لم يوجد اتفاق علي غير ذلك.

يلتزم كل شريك بالمساهمة في تكاليف الإدارة والصيانة والحفظ والتجديد ويدخل في ذلك أعباء الترميم وإصلاح المصعد وتجديد الآلة الرافعة للمياه، واستهلاك المياه والنور للأجزاء المشتركة.

ويتحد نصيب كل مالك في تلك الأعباء حسب الاتفاق الثابت في سندات الملك، وإلا فبنسبة قيمة الجزء الذي له في الدار، **كما هي مقدرة** وقت إنشاء الدار.

ويستطيع الشريك التخلص من هذا الالتزام إذا هو تخلى عن ملكيته المفرزة وعن حقه على الأجزاء المشتركة. والالتزام بدفع هذا النصيب واجب في جميع الأحوال بغض النظر عما إذا كان المالك ينتفع

---

(1) M. Dagot, La Copropriété Indivis, J.C.P. 1979, 2959.

فعــلاً بالأجــزاء المشــتركة أم لا لأنها معدة لانتفاع الجميع في جميع الأحوال[1].

(هـ) إدارة الأجزاء المشتركة :

يجيــز القانــون لملاك كل مبني مقسم إلى طبقات أو شقق تكوين هيــئة مــن الشركاء تتولى إدارة هذا البناء، ويطلق عليها اتحاد الملاك ويمكــن أن يتمــتع هذا الاتحاد بالشخصية المعنوية حيث يكون له ذمة مالــية مســتقلة، ويحــق له مباشرة إجراءات التقاضي. ويعين للاتحاد مأمور يتحدث باسمه[2].

وللاتحــاد أن يضع بموافقة جميع الأعضاء نظاماً لحسن الانتفاع بالعقــار المشــترك وحســن إدارته، فاللائحة أو النظام يتضمن اتفاق الشركاء علي كيفية إدارة الأجزاء المشتركة، ولا يجوز تعديل النظام إلا بموافقة جميع الشركاء. ويسري النظام علي خلفاء الشركاء جميعاً سواء أكان الخلف عاماً أم خاصاً.

ويجــوز أن ينشأ اتحاد الملاك بعد إنشاء البناء، ويجوز أن يكون الغــرض مــن تكوينه الحصول علي بناء متعدد الطبقات والشقق سواء بشرائه أو بتشييده وتوزيع ملكية أجزائه علي الأعضاء.

وإذا لم يوجد نظام للإدارة أو إذا خلا النظام من النص علي بعض الأمور، تكون إدارة الأجزاء المشتركة من حق الاتحاد، وتكون قراراته في ذلك ملزمة، بشرط أن يدعي جميع ذوي الشأن بكتاب موصى عليه

---

(١) م ٨٥٧: ٨٥٨ مدنى.

(٢) م ٨٦٢: ٨٦٩ مدنى.

وطــبقا للمــادة ٧٤ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ أصبح هذا النظام واجبًا، لذلك صــدر قــرار وزيــر الإسكان رقم ١٠٩ لسنة ١٩٧٩ ليضع النظام النموذجى لاتحاد ملاك العقارات، ويتولى إدارة الاتحاد الجمعية العمومية التى تضم جميع الأعضاء، وهى تتولى انتخاب مأمور الاتحاد.

إلـــى الاجـــتماع، وأن تصدر القرارات من أغلبية الملاك محسوبة علي أساس قيمة الأنصباء.

يجـــوز للاتحاد بهذه الأغلبية القيام بأعمال الإدارة المعتادة وغير المعـــتادة، كأن يبرم أي تأمين مشترك من الأخطار التي تهدد العقار أو الشـــركاء جمـــيعاً ولـــه أن يأذن في إجراء أية أعمال أو تركيبات مما يتـــرتب عليها زيادة في قيمة العقار كله أو بعضه، وذلك علي نفقة من يطلـــب مـــن الملاك، وبما يضعه الاتحاد من شروط، وما يفرضه من تعويضات والتزامات أخري لمصلحة الشركاء.

يتولي الاتحاد، بنفس الأغلبية، تعيين مأمور يتولي تنفيذ قراراته، ويمـــثل الاتحاد أمام القضاء حتى في مخاصمة الملاك إن اقتضى الأمر ذلك وللمأمور أن يقوم من تلقاء نفسه بما يلزم لحفظ الأجزاء المشتركة وحراستها وصيانتها، وله أن يطالب كل ذي شأن بتنفيذ هذه الالتزامات.

وإذا هلـــك البناء بحريق أو بسبب آخر، فعلي الشركاء أن يلتزموا من حيث تجديده بما يقرره الاتحاد، بالأغلبية السابقة، ما لم يوجد اتفاق يخالـــف ذلـــك. فإذا قرر الاتحاد تجديد البناء خصص ما قد يستحق من تعـــويض بســـبب هـــلاك العقـــار لأعمال التجديد، دون إخلال بحقوق أصحاب الديون المقيدة.

الفرع الثاني

ملكية الأجزاء المفرزة في البناء

(أ) تحديد الأجزاء المفرزة :

تتمثل الأجزاء المفرزة في الطبقات والشقق التي يتكون منها البناء، حيث تكون كل شقة أو طبقة مملوكة ملكية مستقلة لأحد الأشخاص، أي أن الملكية المفرزة تنصب علي الجزء الخاص بالمالك والمعد لاستعماله وحده، ويتضمن ذلك الطابق أو الشقة وما يوجد بداخلها من فواصل بين الحجـــرات والأنابيب والأسلاك الكهربائية الممتدة في داخلها أو أبواب المـــداخل والشـــبابيك أو البلكونات الخاصة بالشقة، والأدوات الصحية،

والـبلاط والأخشــاب التــي تغطــي الأرضية والجدران. أما الجدران الرئيسية والأرضية والسقف فتعد من الأجزاء المشتركة.

(ب) سلطات وحقوق المالك علي الأجزاء المفرزة :

لمــلاك الطبقة أو الشقة كافة حقوق وسلطات المالك من استعمال واستغلال وتصرف، فله أن يستعملها بنفسه أو يسكن فيها ذويه، وله أن يستغلها بالإيجار، وله أن يتصرف فيها بالبيع أو الرهن أو الهبة وغير ذلك من التصرفات.

إلا أنــه نظــراً لأنــنا أمــام ملكية تتلاصق وتتجاور مع ملكيات الآخــرين حــيث تتشابك المصالح فيما بين ملاك الطبقات والشقق فإن هناك كثير من الالتزامات المتبادلة بين الجيران علي نحو يفوق العلاقة بين الجيران العاديين.

وعلــي هــذا فــإن حــق مالــك الشقة أو الطبقة في الاستعمال والاستغلال يتقيد بحقوق الجيران الذين يسكنون معه بنفس الدار، فليس مــن حقه أن يغلو في استعمال ملكه علي نحو يضر بالجيران الآخرين. ولا يكون له القيام بأي عمل من شأنه أن يهدد سلامة البناء أو يضعف متانته أو يغير من شكله أو مظهره الخارجي. فمثلاً ليس له أن يهمل أو يسيء استعمال أرضية الشقة أو الطبقة وما يكسوها من بلاط أو أخشاب لأنها تعد في ذات الوقت سقفاً لمن يوجد تحته من الملاك.

وللمالك أيضاً حرية إجراء التعديلات المادية بالشقة أو بالطبقة التي يملكهــا كإزالة بعض الفواصل بين الحجرات لتوسعتها أو إقامة بعضها أو تحويل الشرفات إلى حجرات، إلا أن ذلك مقيد بألا يترتب علي هذه التغييرات تهديد لسلامة البناء.

ويجـــدر الإشارة أخيراً إلى أن حرية المالك في تصرفه في ملكيته الخاصة في البناء يرد عليها حق الشفعة المقرر لباقي الشركاء[1].

الفرع الثالث

تنظيم العلاقة بين صاحب العلو وصاحب السفل

يمــتلك كل من صاحب العلو وصاحب السفل ملكية طبقته ملكية خالصـــة إلا أن التلاصــق بــين الطبقتين يفرض علي كل منهما عدة التزامات تجاه الآخر[2].

(أ) التزامات صاحب السفل :

١- يلتزم صاحب السفل بالقيام بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو، وأن يعيد بناء السفل إذا تهدم.

علـــي صاحب السفل أن يقوم بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو، فإذا امتنع عن القيام بهذه الترميمات، جاز للقاضي أن يأمر ببـــيع الســـفل. ويجوز في كل حال لقاضي الأمور المستعجلة أن يأمر بإجراء الترميمات العاجلة.

يجب علي صاحب السفل تأمين بقاء العلو وذلك بإصلاح الجدران والأعمـــدة الحاملـــة لجدران وأرضية العلو. وكذا إجراء مايلزم لصيانة السقف وترميمه.

وإذا امتـــنع صاحب السفل عن القيام بالأعمال لمنع سقوط العلو، جـــاز للقاضـــي أن يأمر ببيعه، وله أن يأمر صاحب السفل بالقيام بتلك الأعمال، وفي حالة الضرورة والاستعجال يمكن لصاحب العلو أن يقوم

---

(١) ما لم يكن هناك نص فى نظام الاتحاد أو عقد التمليك يقضى بعدم استعمال هذا الحق أى التنازل عنه مسبقاً، وهذا ما يحدث غالبًا.

(٢) م ٨٥٩: ٨٦١ مدنى.

بنفســه بالترميمات الضرورية بعد استئذان القاضي، علي أن يرجع بما أنفقه علي صاحب السفل.

ويستطيع صاحب السفل التخلص من التزامه بالترميم بالتخلي عن ملكــية السـفل إذا وجد مصلحته في ذلك، فيصبح السفل ملكاً لصاحب العلو.

٢- إذا تهــدم البناء وجب علي صاحب السفل أن يعيد بناء سفله، فــإذا امتنع جاز للقاضي أن يأمر ببيع السفل إلا إذا طلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفل علي نفقة صاحبه.

وفــي الحالة الأخيرة يجوز لصاحب العلو أن يمنع صاحب السفل مــن الســكن أو الانــتفاع حتى يؤدي ما في ذمته، ويجوز له أيضاً أن يحصل علي إذن في إيجار السفل أو سكناه استيفاء لحقه.

يتضح من ذلك أن صاحب السفل يلتزم ببنائه اذا تهدم لأن لصاحب العلو حق القرار عليه، فإذا امتنع عن ذلك كان لصاحب العلو أن يطلب أحدَ أمرين :

الأول : الســماح له بإعادة البناء علي نفقة صاحبه. فإذا أعاد بناء السفل.

كــان لــه أن يمــنع صاحبه من الانتفاع والسكني به حتى يؤدي لصاحب العلو ما قام بإنفاقه علي البناء، ويجوز له استئذان القاضي في تأجير السفل أو سكناه بنفسه استيفاء لحقوقه.

الثانــي : إلــزام صــاحب الســفل بإعادة بنائه أو بيعه، ويكون للمحكمــة، فــي حالة امتناع صاحب السفل عن البناء، أن تقرر البيع، ويؤول الثمن إلى صاحب السفل، ويلتزم المشتري بإعادة البناء.

(ب) التزامات صاحب العلو :

لا يجــوز لصــاحب العلــو أن يزيد في ارتفاع بنائه بحيث يضر بالســفل. فالأصــل أن لصاحب العلو الحق في إضافة أدوار عليا وفي الارتفاع، إلا أن ذلك الحق مقيد بقيدين :

الأول: وجــود اتفاق في سند الملكية يحدد مدي الارتفاع والأدوار المسموح بها، هنا يتقيد صاحب العلو بهذا الاتفاق.

الثانــي: يجــب ألا يكون من شأن الإضافة أو الارتفاع الإضرار بالسفل، أي ينبغي ألا تشكل الزيادة عبئاً يفوق قدرة السفل علي التحمل.

ويلتزم صاحب العلو كذلك بصيانة أرضية علوه حتي يحافظ علي سقف السفل، ولا يجوز له أن يثقل السقف بما يجاوز طاقته.

هــذا بالإضــافة إلى المبدأ العام الذي يرد علي كل الجيران وهو الامتــناع عن الغلو في الاستعمال علي نحو يسبب أضراراً غير مألوفة للجار.

المطلب الثالث

ملكية الأسرة

(أ) مفهــــوم :

تظــل الكثيــر من الأسر، بعد وفاة المورث، علي حالة الشيوع، لوجــود روابــط معيــنة بيــنهم أو تحقيقاً لأغراض مشتركة تقتضيها مصــالحهم، كما لو كان المال الموروث أرضاً زراعية أو محلاً تجارياً يكــون مــن الأفضل أن يظل في إطار الاستغلال المشترك، حيث تقوم الــثقة والتعاون بين أفراد الأسرة. لذلك حرص المشرع علي تنظيم هذا الــنوع مــن الملكية، ولكن بطريقة اختيارية حيث يترك للأفراد حرية الاتفاق علي إنشاء هذه الملكية.

لذلك يجوز "لأعضاء الأسرة الواحدة الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة أن يتفقوا كتابة علي إنشاء ملكية الأسرة. وتتكون هذه الملكية إمــا من تركة ورثوها واتفقوا علي جعلها كلها أو بعضها ملكاً للأسرة، وإما من أي مال آخر مملوك لهم اتفقوا علي إدخاله في هذه الملكية"[1].

---

(١) م ٨٥١ مدنى، منصور مصطفى منصور ، ص ٢٣١.

(ب) إنشاء ملكية الأسرة :

يتضـــح من المفهوم السابق أنه يشترط لإنشاء ملكية الأسرة توافر عدة شروط تتمثل في:

١- يجب أن يكون الشركاء أعضاء أسرة واحدة. ومن المعروف أن أســـرة الشخص تتكون من ذوي قرباه. ويعتبر من ذوي القربى كل مـــن يجمعهم أصل مشترك[١]. ويقصد بذلك قرابة النسب سواء أكانت قـــرابة مباشـــرة أو قـــرابة حواشـــي. وتوجد بالإضافة إلى ذلك قرابة المصـــاهرة التي تربط الأسرة، وخاصة في العلاقة بين الزوجين. ولا يهـــم درجة القرابة طالما وجدت وحدة مشتركة في العمل أو المصلحة، كمـــا إذا اتفق أعضاء الأسرة علي استغلال مال الأسرة استغلالاً معيناً يقتضي وحدة الإدارة، وكما إذا كان مال الأسرة تركة يحسن بقاؤها كتلة متماسكة حتى يمكن استغلالها علي خير الوجوه.

٢- ينبغي وجود اتفاق كتابي علي إنشاء ملكية الأسرة[٢]. والكتابة هـــنا شرط للانعقاد لا للإثبات، ومن ثم فان الاتفاق غير المكتوب يكون

---

(١) م ٣٤ مدني.

(٢) وقد تنشأ ملكية الأسرة بنص القانون مثال ذاك :

الـــنص فـــي المادة الرابعة من قرار وزير الشئون الاجتماعية رقم ١٠٦ لسنة ١٩٦٢ الصـــادر نفاذاً للقانون ٦٧ لسنة ١٩٦٢ - علي أن تملك كل أسرة تعمل بالـــزراعة في النوبة ولا تملك أرضاً زراعية بها مساحة من الأرض الزراعية بالمـــوطن الجديـــد بالنســـبة لعدد أفراد الأسرة ومساحة الأراضي التي ستوزع علـــيهم وبحـــد أدنـــي فدان وفي المادة ١٢ منه علي أنه يقصد بالأسرة في هذا القرار الوالدان أو أحدهما والأولاد والأحفاد وكذلك الأخوة وأولادهم متي كانوا يعيشـــون في منزل واحد يدل علي أنه بالنسبة لأسر مهجري النوبة الذين كانوا يعملـــون بالزراعة فيها ولا يملكون شيئاً من أراضيها، رأي المشرع في سبيل رعاية هذه الأسر في المجتمع الذي نقلهم إليه وحتى لا يكون هذا النقل سبباً في تشـــتيت هـــذه الأسر، أن يمنح كل أسرة منها ملكية زراعية يراعي في تحديد مقدار مساحتها أفراد هذه الأسرة، بما مفاده أنه أنشأ بها حالة جديدة من حالات

-

باطلاً حتى لو أقر به الأطراف. ولا يشترط أن تكون الكتابة رسمية، بل يكفي محرر عرفي.

٣- تـرد ملكية الأسرة علي الأموال المملوكة لأعضائها، والتي يـتم الاتفـاق بينهم علي إدخالها فيها وإخضاعها لنظامها. ولا يهم ان تكون عقارات أو منقولات، آلت إلى الأعضاء بالميراث أو بأي طريق من طرق اكتساب الملكية.

(ج) إدارة ملكية الأسرة :

للشـركاء أصحاب القدر الأكبر من قيمة الحصص أن يعينوا من بيـنهم للإدارة واحداً أو أكثر. وللمدير أن يدخل علي ملكية الأسرة من التغييـر فـي الغرض الذي أعد له المال المشترك ما يحسن به طرق الانتفاع بهذا المال، ما لم يكن هناك اتفاق علي غير ذلك.

يتضح من ذلك أن سلطات المدير تتوقف علي اتفاق الشركاء حيث يمكنهم تحديد تلك السلطات. وفي حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق، فان المديـر يتمـتع بسـلطات واسـعة تشمل أعمال الإدارة المعتادة وغير المعتادة. وليس للأقلية الاعتراض علي عمل المدير.

ملكـية الأسرة بالإضافة إلى حالات ملكية الأسرة الواردة بالقانون المدني وهي ملكـية شائعة يستحق كل من أفرادها نصيبه في ريعها بما لا يتعارض وأحكام الشريعة الإسلامية.

إذ كـان مفاد نص المادة الرابعة من قرار وزير الشئون الاجتماعية رقم ١٠٦ لسـنة ١٩٦٢ سـالفة البـيان أن مناط تملك أفراد اسر مهجري النوبة للأرض الزراعية التي توزع عليهم بالموطن الجديد هو توافر الشروط المشار إليها بهذه المـادة فـيهم عـند تنفيذ هذا القرار ولو زالت عنهم بعد ذلك، وكان الثابت أن المطعـون ضـدها الأولي كانت ضمن أفراد الأسرة وقتذاك، فان انفصالها عن الأسرة بعد ذلك بطلاقها عن الطاعن لا يحول دون أحقيتها لنصيبها في الأرض التي خصصت للأسرة التي كانت فرداً فيها. (نقض ١٩٨٣/٣/١٠ س ٣٤ ص ٦٧)

ويجــوز عزل المدير بالطريقة التي عُين بها، ولو اتفق علي غير ذلــك. كما يجوز للمحكمة أن تعزله بناء علي طلب أي شريك إذا وجد سبب قوي يبرر هذا العزل[1].

وتســـري قــواعد الــوكالة في العلاقة بين المدير والشركاء، وفي العلاقــة بينهم وبين الغير، وتطبق كذلك الأحكام الخاصة بإدارة الملكية الشائعة، ومن ثم فان هذه الأحكام تنطبق إذا لم يعين الشركاء مديراً طبقاً للقواعد الخاصة المذكورة[2].

(د) مدة بقاء ملكية الأسرة :

رأيـنا أنــه لا يجــوز الاتفاق علي البقاء في الشيوع العادي لمدة تجــاوز خمس سنين. خرج المشرع علي هذا المبدأ بشأن ملكية الأسرة وأجاز الاتفاق علي البقاء فيها لمدة تزيد علي خمس سنوات بشرط أن لا تزيد علي خمس عشرة سنة[3]. ولكن يمكن تجديد هذه المدة عدة مرات إلا أن الــتجديد لا يتم تلقائياً، بل يتعين اتفاق جديد في كل مرة، وإذا تم الاتفــاق علي مدة أطول من خمس عشرة سنة، تم إنقاص المدة إلى هذا الحــد. وإذا أنقصت المدة المتفق عليها بدون تجديد، فإن ملكية الأسرة تنقلب إلى ملكية شائعة عادية.

والأصل أن ملكية الأسرة تظل قائمة المدة المتفق عليها ولا يجوز للأعضــاء الخروج منها، ولكن المشرع أجاز لكل شريك أن يطلب من المحكمة الإذن له في إخراج نصيبه من هذه الملكية قبل انقضاء الموعد المحــدد إذا وجد مبرر قوي لذلك، كما إذا اقتضت ظروفه الخاصة أن

---

(١) م ٨٥٤ مدنى.

(٢) م ٨٥٥ مدنى.

(٣) م ٨٥٢ مدنى.

ينقل عمله إلى مقر آخر، أو يحتاج إلى مال، أو وقع بينه وبين أعضاء الأسرة خلاف لا أمل في تسويته.

وإذا لـم يتم الاتفاق علي تحديد مدة معينة لملكية الأسرة، كان لكل شـريك أن يخـرج نصـيبه منها بعد ستة أشهر من يوم أن يعلن إلى الشركاء رغبته في إخراج نصيبه.

(هـ) تصرف الشريك في نصيبه :

نظراً للطابع العائلي لملكية الأسرة، فإنه لا يجوز للشريك فيها أن يتصـرف في نصيبه فيها لأجنبي عن الشركاء إلا بعد موافقتهم جميعاً على ذلك. ولكن يجوز للشريك أن يتصرف في نصيبه إلى شريك آخر دون موافقة باقي الشركاء.

وإذا تصـرف الشريك في حصته لأجنبي بموافقة باقي الشركاء، فان ذلك لا يعني أن يصبح المتصرف إليه شريكاً في ملكية الأسرة، بل يلـزم موافقة الشركاء علي دخوله كشريك، فقد يوافق الشركاء علي ان يبـيع أحـدهم نصيبه لأجنبي بشرط تجنيب هذا النصيب وإخراجه من ملكـية الأسـرة. ونفس الحكم إذا قام الدائنون بالتنفيذ علي نصيب أحد الشـركاء وبيعه جبراً لأجنبي، هنا يتملك هذا الأخير الحصة، إلا أنه لا يصبح شريكاً في ملكية الأسرة إلا بموافقة كل الشركاء[1].

---

(١) السنهوري ، ص ١٠٥٤.



الفصل الرابع

الحقوق العينية المتفرعة عن الملكية

يخول حق الملكية لصاحبه كل السلطات التي يمكن تصورها علي الشــيء مــن استعمال واستغلال وتصرف، ويستطيع المالك أن يرتب للغيــر حقاً شخصياً أو عينياً علي الشيء الذي يملكه . فيمكن للمالك أن يــرتب للغيــر حقاً شخصياً يتعلق بالعين التي يملكها، كما في الإيجار، حيث يتعاقد المستأجر مع المالك علي استعمال الشيء أو الانتفاع به لقاء أجــر معلــوم . أن وجود هذا الحق الشخصي لا يؤدي إلى تجزئة حق الملكية أو إنقاصه لأن المالك يظل محتفظاً بسلطة الاستعمال والاستغلال ويتمثل ذلك في حصوله علي الأجرة كثمار مدنية للعين المملوكة .

ويمكــن للمالك أيضاً أن يرتب للغير حقاً عينياً علي الشيء الذي يملكــه، ويــؤدي ترتيب هذا الحق إلى تجزئة حق الملكية وفصل أحد عناصــره والتــنازل عــنه للغيــر، مع احتفاظ المالك بباقي العناصر. والحقوق العينية التي من شأنها تجزئة حق الملكية لأنها تتفرع عنه هي حــق الانــتفاع، حق الاستعمال، حق السكني، حق القرار والحكر، حق الارتفاق.

ونتــناول في هذا الفصل دراسة تلك الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية، وذلك في المباحث الآتية:

المبحث الأول : حق الانتفاع .

المبحث الثاني : حق الاستعمال وحق السكني .

المبحث الثالث : حق القرار والحكر .

المبحث الرابع : حق الارتفاق

المبحث الأول
حق الانتفاع

نتـــناول دراســـة هذا الحق عبر عدة مراحل تتعلق بتعريف حق الانتفاع، وطرق اكتسابه، حقوق المنتفع والتزاماته، انتهاء حق الانتفاع.

المطلب الأول
تعريف حق الانتفاع وخصائصه

الانـــتفاع حـــق مـــؤقت لشـــخص علي عين مملوكة للغير يخوله استعمالها واستغلالها والتصرف في منفعتها مدة الانتفاع طبقاً لما يقضي به سبب إنشائه

الانـــتفاع حق عيني مستقل عن حق الملكية، فهو جزء منها حيث يملك صاحبه الانتفاع، وتظل ملكية الرقبة مع المالك، وهو مؤقت بمدة معينة، يتعين رد الشيء المنتفع به في نهاية هذه المدة إلي صاحبه.

يتضـــح مـــن التعـــريف أن حق الانتفاع له عدة خصائص تحدد ملامحه ومضمونه :

(أ) حق الانتفاع حق عيني :

يتميز حق الانتفاع بأنه حق عيني أصلي يتفرع عن حق الملكية[1]، فهو يعطي صاحبه سلطة استعمال الشيء واستغلاله دون التصرف فيه،

---

(١) يبين من استعراض نصوص القانون المدني المصري انه اعتبر حق الانتفاع من الحقوق العينية وذلك بإدراجه في باب الحقوق المتفرعة عن حق الملكية كما أنه في المادة ٨٣ اعتبر كل حق عيني مالاً عقارياً ثم أنه حدد الحالات التي تعتبر قيوداً علي حق الملكية وهي التي تناولتها المواد من ٨١٦ الي ٨٢٤ والمتعلقة بالقيود الناشئة عن حقوق الجوار وليس منها حق الانتفاع، ومن ثم فإن حق الانتفاع في نظر القانون المصري هو حق مالي قائم في ذاته ولا يعتبر من القيود الواردة علي حق الملكية، وبالتالي فهو مما يجوز الإيصاء به ويمكن

-

لأن سـلطة التصرف يحتفظ بها المالك بوصفه مالكاً للرقبة. إذ يترتب علي تقرير حق الانتفاع تجزئة حق الملكية بين مالك الرقبة صاحب حق في التصرف، وبين مالك الانتفاع الذي يكون له الاستعمال والاستغلال فقط.

ويختلف حق الانتفاع عن حق الشريك في الشيوع[1]، فحق الانتفاع مسـتقل ومتميز تماماً عن حق مالك الرقبة، والمنتفع ومالك الرقبة ليسا شـريكين علي الشيوع. أما حق الشريك الشائع فيرد علي كل عناصر الملكـية فـي حـدود حصته، أي أن الشيوع يرد علي حق من طبيعة واحدة، حيث يمكن أن يكون محله حق الملكية ككل أو حق الانتفاع، أو حق الرقبة، فالرقبة نفسها أو الانتفاع نفسه يمكن أن يكون مملوكاً علي الشيوع لعدة أشخاص.

والطابـع العينـي لحـق الانتفاع يميزه عن حق المستأجر كحق شخصـي، فالمنـتفع له سلطة مباشرة علي الشيء يتمكن بمقتضاها من

تقويمه. (الطعن٢٧ لسنة ٢٧ق (احوال شخصية) جلسة ١٩٦٠/٥/٢٦ س ١١ ص ٤٢١)

(1) متي كانت المحكمة قد قررت أنه لا تعارض بين اعتبار مطالبة الطاعنة بريع نصيبها في الدور الذي شيدته المطعون عليها بالمنزل المملوك لهما علي الشيوع سابقة لأوانها وبين القضاء لها بملكية هذا النصيب لأن الملكية تتكون من ثلاثة عناصر . التصرف والاستعمال والاستغلال.

ولأن الطاعنة نزلت في عقد الاتفاق المحرر بينها وبين المطعون عليها عن حقي الاستعمال والاستغلال لمدة مؤقتة الي أن توفيها بحصتها في تكاليف الإنشاء فان هذا الذي قررته المحكمة ليس فيه ما يناقض الحكم الصادر بتثبيت ملكية الطاعنة إلى نصيبها في الدور المذكور. (الطعن ٤٥ لسنة ٢٠ ق، جلسة ١٩٥٢/٤/١٠)

الانتفاع به دون وساطة أو تدخل المالك، أي أن المالك لا يلتزم بتمكين المنـتفع مـن الانتفاع بالعين ولا يلتزم نحوه بشيء، كإصلاح العين أو جعلهـا صالحة للانتفاع، أما المستأجر فهو دائن للمؤجر بحق شخصي، إذ يلتـزم المؤجـر بتمكينه من الانتفاع بالعين المؤجرة وجعلها صالحة لهـذا الغـرض، أي أن انـتفاع المؤجر بالعين يستلزم وساطة وتدخل المالك. لا شك في تشابه حق المستأجر وحق المنتفع من حيث الانتفاع بالعين، إلا أن هناك فارق عميق بين طبيعة كل حق فالمستأجر كصاحب حق شخصي ليس له سوي الحصول علي الثمار الطبيعية أو الصناعية للشـيء أما الثمار المدنية فتظل للمالك نتيجة احتفاظه بسلطة استغلال الشـيء، أمـا المنتفع فصاحب حق عيني، جزء من الملكية، وتكون له سـلطة الاسـتعمال والاسـتغلال، ومـن ثم فهو يستطيع تأجير الشيء والحصـول علي ثماره المدنية بالإضافة إلى إمكانية استعماله والانتفاع به شخصياً[1].

---

(١) حق الانتفاع. حق عينى يخول صاحبه استعمال الشيء واستغلاله بنفسه أو بواسطة غيره. شرطه. ألا يتجاوز إلى حق الرقبة. (الطعن رقم ٢٦٢٧ لسنة ٦٠ق، جلسة ١٩٩٤/١١/٣).

حق الانتفاع الوارد على عقار. حق عينى . للمنتفع استعمال الشيء المنتفع به واستغلاله بتأجيره. (الطعن رقم ٥١٠٦ لسنة ٦٢ق، جلسة ١٩٩٣/٧/٧)

علاقة المنتفع بالسلطة المرخصة له بالانتفاع بمال مملوك للدولة والمستندة إلى ترخيص إداري. خضوعها لقواعد القانون العام دون القانون الخاص. مناطه. انتهاء الحكم المطعون فيه سائغًا إلى اعتبار عقد النزاع المنصب على تأجير أرض صحراوية ــ مملوكة ملكية خاصة للدولة ــ عقدًا مدنيًا لعدم تضمنه شروطًا استثنائية غير مألوفة فى العقود المدنية. لا خطأ. (الطعن رقم ١٦٢٧ لسنة ٥٣ق، جلسة ١٩٩٣/٥/١٢)

(ب) حق الانتفاع يقع علي شيء غير قابل للاستهلاك :

يرد حق الانتفاع علي شيء مملوك للغير، يلتزم المنتفع في نهاية المـــدة بـــرده إلـــي صـــاحبه، لذا وجب أن يكون هذا الشيء غير قابل للاســـتهلاك ســـواء كان عقاراً أم منقولا، كالدور والأراضي والآلات والمواشي.

ولا يـــرد حـــق الانتفاع علي الأشياء القابلة للاستهلاك أي التي ينحصـــر اســـتعمالها، بحســـب ما أعدت له، في استعمالها أو إنفاقها، كالأطعمة والأشربة والنقود.

ويمكـــن أن يرد حق الانتفاع علي الأشياء غير المادية كذلك كحق المؤلـــف وبـــراءات الاختـــراع، والقـــيم المنقولة كالأسهم والسندات، والمجموع من المال كالتركات أو المتاجر والقطيع من الغنم .

(ج) حق الانتفاع مؤقت :

يـــتحدد حـــق الانتفاع دائماً بأجل محدد طويل أو قصير، وينتهي الحـــق بانـــتهاء الأجل المحدد له. وهو ينتهي في جميع الحالات بوفاة المنتفع، فلا ينتقل إلى الورثة، بخلاف حق الإيجار الذي يمكن أن يستمر بعد وفاة المستأجر ويترتب علي ذلك أن حق الانتفاع ينتهي بوفاة المنتفع ولـــو كان ذلك قبل حلول الأجل المتفق عليه، وهو ينتهي بحلول الأجل ولـــو قـــبل مـــوت المنتفع، أي أنه ينتهي بحلول أقرب الأجلين: الأجل المحدد، أو الوفاة[1].

---

(١) حق الملكية يغاير في طبيعته وحكمة في القانون حق الانتفاع، حق الملكية هو جماع الحقوق العينية إذ مالك العقار يكون له حق استعماله وحق استغلاله وحق التصرف فيه، فإذا أنشأ هذا المالك لآخر حقا بالانتفاع فان هذا الحق يجرد الملكية من عنصري الاستعمال والاستغلال ولا يبقي لها إلا العنصر الثالث وهو حق التصرف فتصبح الملكية المثقلة بحق الانتفاع هي ملكية الرقبة فيجتمع =

ويجوز تقرير حق الانتفاع للشخص الطبيعي أو الشخص المعنوي لمدة محددة، وهو ينتهي حتماً بانقضاء شخصية الشخص المعنوي.

المطلب الثاني

أسباب كسب حق الانتفاع

"حــق الانتفاع يكسب بعمل قانوني أو بالشفعة أو بالتقادم. ويجوز أن يوصي بحق الانتفاع لأشخاص متعاقبين إذا كانوا موجودين عل قيد الحياة وقت الوصية. كما يجوز للحمل المستكن" [1].

يتضح من ذلك أن حق الانتفاع ينشأ من التصرف القانوني (العقد أو الوصية)، كما ينشأ عن طريقة الشفعة والتقادم .

(أ) اكتساب حق الانتفاع بالتصرف القانوني :

يكتســـب حـــق الانتفاع بالتصرف القانوني عقداً كان أو وصية. مـــؤدي ذلـــك أن حـــق الانتفاع يكتسب بالتصرف القانوني، سواء كان التصرف عقدا أو وصية. واكتساب حق الانتفاع بالعقد قد يكون بعوض كالبيع، أو بغير عوض كالهبة .

١ – **العقـــــد** يكـــون سبباً لكسب حق الانتفاع بطريق مباشر أو بطـــريق غيـــر مباشـــر، فمالك الشيء يمكن أن يرتب عليه حق انتفاع لمصـــلحة شـــخص آخـــر، ويتم ذلك عن طريق عقد منشئ لهذا الحق

في العقار حقان عينيان، حق الرقبة للمالك وحق الانتفاع للمنتفع، وهذا الحق بالانتفاع موقوت ينتهي بانتهاء الأجل المعين له، فان لم يعين له أجل عد مقرراً لحياة المنتفع وينتهي علي أي حال بموت المنتفع وفقا لما تقضي به المادة ٩٩٣ من القانون المدني. (الطعنان ١٥٩٨ لسنة ٥٥ ق، ١٠٩٣ لسنة ٥٣ ق – جلسة ١٩٨٧/١٢/٣)

(١) م ٩٨٥ مدنى.

E. Dockés, Essai sur la notion d'usufruit, RTDC, 1995, P. 501.

مباشرة كالبيع أو الهبة، فالمالك يقرر للشخص، الذي لم يكن له من قبل الانتفاع بالشيء، سلطة الاستعمال والاستغلال ويحتفظ بالتصرف.

ويمكـــن لمالك الشيء أن يتصرف في الرقبة للغير ويحتفظ لنفسه بحـــق الانـــتفاع، وموضوع العقد هنا هو إنشاء حق الرقبة وليس حق الانتفاع، وإنما ينشأ حق الانتفاع بطريق غير مباشر بسبب فصل الرقبة عن الملكية.

والعقد يمكن أن يكون سبباً لنقل حق الانتفاع لا إنشائه . فصاحب حـــق الانـــتفاع يستطيع أن يتصرف فيه بالبيع أو الهبة وغير ذلك من التصرفات .

والعقـــد المنشـــئ أو الـــناقل لحق الانتفاع هو الذي يقرر مدة هذا الحق، وشروطه، وحقوق والتزامات المنتفع وغير ذلك من الأحكام[1].

---

(١) م ٩٨٦ مدنى

إذ كان الخلاف حول ما إذا كانت ملكية حق الرقبة لعقار النزاع هي للمطعون ضدهما الأولين بطريق الشراء بولاية مورثهما أم أن المورث المذكور قد تملك العقار جميعه بموجب هذا الشراء هو في حقيقته نزاع حول تكييف عقد البيع المشهر بتاريخ ١٩٧٦/٧/٨ وهل كان بيعاً حقيقياً لحق الرقبة إلى المطعون ضدهما المذكورين دفع ثمنه من مورثهما والمشمولين بولايته تبرعاً لهما أم انه بيع لكامل العقار لهذا المورث، وكان البين من الاطلاع علي العقد موضوع التداعي ان مورث المطعون ضدهما الأولين اشتري لنفسه حق منفعة العقار محل العقد وبصفته وليا طبيعيا عليهما حق رقبته وان ثمن هذا الحق دفع منه تبرعا لهما واحتفظ لنفسه بحيازته للعقار والانتفاع به مدي الحياة، فان المحكمة وقد خلصت إلى أن العقد المذكور عقد بيع منجز اشتري فيه المطعون ضدهما المذكوران حق الرقبة ودفع ثمنه من مال ميراثهما لحسابهما تبرعا لهما، مع مالها من سلطة تقديرية في استخلاص نية التبرع، فان هذا الذي خلص إليه

-

٢ – ينشـــأ حق الانتفاع عن طريق **الوصية**، مثال ذلك أن يوصي المالـــك بحـــق الانتفاع لشخص معين علي أن تظل الرقبة لورثته، أو العكـــس بـــأن يوصي بالرقبة للغير، علي أن تبقي المنفعة للورثة. بل وتجوز الوصية. بل وتجوز الوصية بالرقبة لشخص وبمنفعتها لشخص آخر .

والوصـــية تؤدي إلي نشأة حق الانتفاع وكسبه ابتداء، وليس من شـــأنها نقل هذا الحق، لأن المنتفع لا يستطيع أن يوصي بحق الانتفاع لأن هذا الحق ينتهي حتماً بوفاته ومن ثم لا ينتقل إلي الموصي له .

ويجـــوز أن يوصـــي المالك بحق الانتفاع لأشخاص متعاقبين إذا كانوا موجودين علي قيد الحياة وقت الوصية، هنا يثبت حق الانتفاع لكل منهم، علي التوالي، بعد انتهاء حق من يسبقه بانتهاء المدة المحددة له أو بـــوفاته، ويكـــون لكل واحد منهم حق مستقل عن حقوق الآخرين، ينشأ مباشـــرة مـــن الوصية. ولكن يشترط وجود الموصي لهم جميعاً وقت الوصـــية، وعلي هذا لا يجوز الايصاء لشخص بالمنفعة علي أن تكون لورثته منه بعده إذا كان هؤلاء الورثة غير موجودين أو غير معينين.

وتجوز الوصية بحق الانتفاع للحمل المستكن، ولكن بشرط أن يولد الجنين حيا .

الحكم تحصيل سائغ تحتمله عبارات الطعن وله مأخذه . وكان القانون لا يمنع من التزام الغير في ذات عقد البيع بدفع الثمن تبرعاً للمشتري وبالتالي يخرج هذا العقد عن كونه في حكم التصرف المضاف إلى ما بعد الموت المنصوص عليه في المادة ٩١٧ من القانون المدني والذي لا ينصرف حكمها حسب صريح نصها إلا إلى التصرفات التي يجريها المورث في ملكه إلى أحد ورثته ويكون النعي برمته علي غير أساس. (الطعن ٩٧ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٦/٦/١٢)

(ب) اكتساب حق الانتفاع بالشفعة أو بالتقادم :

١ - يمكـن اكتساب حق الانتفاع، عن طريق الشفعة، إذا بيع حق الانتفاع الملابس للرقبة أو بعضه، حيث يجوز لمالك الرقبة أن يأخذ حق الانـتفاع المبـيع المقرر علي عقاره بالشفعة فتخلص له الملكية التامة للعقار.

وكـذلك الحال إذا كان حق الانتفاع مملوكاً علي الشيوع وباع أحد الشركاء حصته الشائعة لأجنبي، جاز لأي شريك آخر أن يأخذ الحصة المبـيعة بالشـفعة، ما لم يأخذها مالك الرقبة لأنه مقدم في المرتبة عند التزاحم بين الشفعاء .

٢ - ويجـوز اكتساب حق الانتفاع بالتقادم الطويل، وذلك بحيازة العـين مـدة خمس عشرة سنة، إلا أننا أمام فرض نظري لأن الأعمال اللازمـة لمباشـرة الحـق موضوع الحيازة لا تختلف بالنسبة إلى حق الملكـية عـنها بالنسـبة إلى حق الانتفاع، ومن ثم فإن الحائز لن يقنع بادعاء كسب حق الانتفاع مادام أنه يستطيع كسب حق الملكية .

ولكن من المتصور عملاً اكتساب حق الانتفاع علي العقار بالتقادم المكسـب الخمسي، وذلك حين يتلقي شخص حسن النية بسبب صحيح حـق الانتفاع بعقار من غير مالكه، ويظل حائزاً لهذا الحق مدة خمس سنوات .

وبالنسـبة للمنقول فأن حيازة حق الانتفاع عليه بحسن نية وبسبب صـحيح تؤدي إلي اكتساب هذا الحق . ويترتب علي ذلك أنه إذا تلقي شخص حسن النية حق الانتفاع بمنقول من غير مالكه، فانه يكسب هذا الحق بمجرد الحيازة .

المطلب الثالث

حقوق المنتفع

رأيـنا أن حـق الملكـية يضـم سـلطات الاستعمال والاستغلال والتصـرف. ويتفرع حق الانتفاع عن حق الملكية حيث يرد علي جزء مـنها، يتمـثل هـذا الجـزء فيما يثبت للمنتفع من سلطتي الاستعمال والاستغلال، أما سلطة التصرف فتبقي لمالك الرقبة. حق الانتفاع يخول

صاحبه إذن حق الاستعمال وحق الاستغلال . نعرض لهذين الحقين ثم نبين سلطات المنتفع علي الشيء.

(أ) حق المنتفع في استعمال الشيء :

"علي المنتفع أن يستعمل الشيء بحالته التي تسلمه بها وبحسب ما أعـد له وأن يديره إدارة حسنة. وللمالك أن يعترض علي أي استعمال غيـر مشروع أو غير متفق مع طبيعة الشيء، فإذا أثبت أن حقوقه في خطـر جاز له أن يطالب بتقديم تأمينات، فإن لم يقدمها المنتفع أو ظل علي الرغم من اعتراض المالك يستعمل العين استعمالاً غير مشروع أو غير متفق مع طبيعتها، فللقاضي أن ينزع هذه العين من تحت يده وأن يسـلمها إلـى آخر يتولي إدارتها، بل له تبعاً لخطورة الحال أن يحكم بانتهاء حق الانتفاع دون إخلال بحقوق الغير" [1].

لـيس للمنتفع أن يغير من إعداد الشيء وطبيعته إلا بإذن المالك. وهـو يتقيد في استعمال الشيء بنفس القيود التي يتقيد بها المالك سواء كانت قيود قانونية كعدم الغلو في الاستعمال، أو اتفاقية.

ويتقيد المنتفع في استعمال الشيء بالشروط التي قد يتضمنها سبب اكتسـاب حـق الانـتفاع، فليس له أن يتجاوز تلك الشروط . وللمالك الاعتـراض علـي استعمال المنتفع للشيء استعمالا غير مشروع، أو مخالفاً للقيد المشروط، أو لا يتفق مع طبعة الشيء وما أعد له عادة.

ولمالـك الرقبة، في حالة الاستعمال المخالف لما سبق، ان يطلب من المحكمة إنهاء حق الانتفاع ورد الشيء له دون أن يخل ذلك بحقوق الغيـر الـذي تعامـل معهم المنتفع ولا علم لهم بتجاوز حدود الانتفاع المخول له.

(ب) حق المنتفع في استغلال الشيء :

تكون ثمار الشيء المنتفع به من حق المنتفع بنسبة مدة انتفاعه[2].

---

(١) م ٩٨٨ مدني.

(٢) م ٩٨٧ مدني.

يجوز للمنتفع استغلال الشيء بالإضافة إلى استعماله .ويتمثل الاستغلال في الحصول علي ثمار الشيء سواء كانت ثماراً طبيعية (أصلية) تنتج عن الشيء دون تدخل من الإنسان كالأعشاب في المراعي ونتاج المواشي، أو ثماراً صناعية بفعل الإنسان كالمحاصيل، أو ثماراً مدنية كإيجار الأرض والمباني وفوائد رؤوس الأموال.

تكون ثمار الشيء بكل أنواعها من حق المنتفع بنسبة مدة انتفاعه. وإذا ورد الانتفاع علي أرض زراعية وكانت مشغولة عند انقضاء الأجل أو موت المنتفع بزرع قائم، تركت الأرض للمنتفع أو لورثته إلى حين إدراك الزرع علي أن يدفعوا أجرة الأرض عن هذه الفترة من الزمن[1].

وللمنتفع الحق في الثمار دون المنتجات. والثمار هي ما ينتجه الشيء بصفة دورية دون إنقاص لأصله كالمحاصيل ونتاج المواشي أما المنتجات فهي علي العكس تنتقص من الشيء وليس لها صفة دورية مثل المعادن ومواد المحاجر. والسبب في عدم أحقية المنتفع في الحصول علي المنتجات هو أنها تقتطع من أصل الشيء مما يعد تصرفاً مادياً فيه وهو ما يخرج عن نطاق سلطات المنتفع.

فإذا ورد حق الانتفاع علي قطيع من المواشي، يكون للمنتفع نتاج المواشي من ألبان وأصواف وسماد وتكاثر، إلا أنه يلتزم في نفس الوقت بتعويض المالك عما ينفق من القطيع بخطأه أو بحادث مفاجئ ليستكمل عدده.

ويمكن أن يرد حق الانتفاع علي المتجر كمجموع من المال يضم عناصر مادية كالبضائع والأثاث، وغير مادية كالسمعة والاسم والعلامة التجارية والاتصال بالعملاء. يكون للمنتفع الحق في الأرباح بعد خصم

---

(١) م ٢/٩٩٣ مدني.

جــزء منها لتعويض استهلاك الآلات والمهمات، ويتولي إدارة المتجر والحفاظ عليه.

(ج) سلطات المنتفع علي الشيء :

يتمتع صاحب الانتفاع بعدة سلطات علي الشيء المنتفع به تتمثل في القيام بأعمال الإدارة وأعمال التصرف في حدود حق الانتفاع فقط، ومباشرة الدعاوى المتعلقة بهذا الحق .

١ - **أعمــال الإدارة :** للمنــتفع القيام بكل ما يلزم لإدارة الشيء المنــتفع به بما يتفق مع طبيعته في الحدود التي تمكنه من ممارسة حقه في الانتفاع .

يعتبــر الإيجار من أهم أعمال الإدارة، فللمنتفع أن يؤجر الشيء الــذي يــرد عليه حقه لاستثماره والحصول علي أجرته، والأجرة هي الثمار المدنية للشيء .

ويظل الإيجار قائماً للمدة المحددة فيه، إلا أنه ينقضي بانقضاء حق الانتفاع بموت المنتفع أو بحلول أجله، ويستمر الإيجار رغم انتهاء حق الانــتفاع إذا أجــازه مالك الرقبة. ويجب بالنسبة لنهاية الإيجار مراعاة المواعــيد المقــررة للتنبــيه بالإخلاء والمواعيد اللازمة لنقل محصول السنة[1].

٢ - **أعمال التصرف:** يملك المنتفع حق الانتفاع، وهو حق عيني مستقل يجوز التصرف فيه بجميع أنواع التصرفات (عدا الوصية)، ولا يجــوز للمنتفع أن يتصرف في الرقبة، بل يمكنه أن يتصرف في حدود ماله من سلطات فقط .

يستطيع المنتفع أن يتصرف في حقه مدة الانتفاع، لأن هذا الحق ينقضــي بوفاة المنتفع وليس بوفاة المتصرف إليه، فإذا توفي المتصرف إلــيه انتقل حق الانتفاع إلي ورثته . لذلك فإن التصرف في هذا الحق

---

(١) م ٥٦٠ مدنى.

يقتصــر علي ثماره لأن الحق يظل مرتبطاً بشخص صاحبه الذي يظل ملتزماً في مواجهة مالك الرقبة بجميع الالتزامات .

والتصــرف في حق الانتفاع قد يتم بمقابل أو بدون مقابل إذا كان الانــتفاع مطلقاً، أما إذا كان مقيداً بشرط في سبب إنشائه، فليس للمنتفع أن يــتجاوز القيد المشروط، فقد ينص في سند إنشاء حق الانتفاع علي عدم جواز النزول عنه للغير، هنا يلزم إعمال الشرط .

ويجوز للمنتفع أن يرتب علي حقه في الانتفاع تأميناً عينياً، كرهن أو حق اختصاص. ويجوز للدائن صاحب التأمين العيني أن يحجز علي حــق الانتفاع. وذلك ما لم يشترط في السند المنشئ للانتفاع عدم جواز التصرف فيه. وإذا انتهي حق الانتفاع قبل تنفيذ الدائن عليه، فإن التأمين العيني يزول بزوال محله.

٣ - حــق مباشــرة الدعاوى : يجوز للمنتفع أن يباشر الدعاوى المــتعلقة بحــق الانتفاع نفسه، وذلك كدعوى الاعتراف بحق الانتفاع للمطالــبة بالشــيء المنتفع به، ودعوى الحيازة ليحمي حيازته للشيء المنتفع به سواء تم التعدي علي هذه الحيازة من مالك الرقبة أو الغير.

ويجــوز للمنتفع رفع دعوي تعيين الحدود والقسمة، ويجب إدخال مالك الرقبة في هاتين الدعويين حتي يكون الحكم الصادر في أي منهما حجة عليه.

المطلب الرابع
التزامات المنتفع

يرتب القانون في ذمة المنتفع عدة التزامات نحو مالك الرقبة تتمثل فــي الالتــزام بالجرد وتقديم كفالة واستعمال الشيء بحسب ما أعد له وإدارته إدارة حسنة، صيانة الشيء والقيام بعبء التكاليف المعتادة، حفظ الشـــيء والمســؤولية عن هلاكه، الالتزام بإخطار المالك بكل ما يطرأ علي العين من تعد أو هلاك، وأخيراً يلتزم المنتفع برد الشيء في نهاية مدة الانتفاع .

(أ) الالتزام بالجرد وتقديم كفالة:

إذا كان الشيء المقرر عليه حق الانتفاع منقولاً وجب جرده، ولزم المنـــتفع تقديم كفالة به . فإذا لم يقدمها بيع المال المذكور، ووظف ثمنه في شراء سندات عامة يستولي المنتفع علي أرباحها[1].

(ب) استعمال الشيء بحسب ما أعد له وإدارته إدارة حسنة :

أولا : يلتزم المنتفع باستعمال الشيء بحسب ما أعد له دون تغيير وألا يخـــرج عـــن الغاية التي أعد لها، فليس له أن يحول المسكن إلى مصـــنع أو الأرض الـــزراعية إلي ملاعب رياضية. ويجب أن يستغل طبقاً للطرق المعتادة في هذا الاستغلال .

ويتقـــيد المنـــتفع في استخدامه للشيء بالشروط الواردة في سبب إنشـــاء حـــق الانتفاع، فيكون له عين ما تقرر له أو ما هو دونه، ولكن ليس له أن يتجاوز القيد المشروط .

ولمالـــك الرقبة الاعتراض علي استعمال المنتفع للشيء استعمالاً غيـــر مشروع، أو مخالفاً للشرط، أو لا يتفق مع طبيعة الشيء وما أعد له عادة.

وللمالـــك أن يطلـــب من المحكمة، تبعاً لخطورة الحال، إنهاء حق الانـــتفاع ورد الشـــيء له، دون أن يخل ذلك بحقوق الغير الذي تعامل معهـــم المنـــتفع[2]، ولا علم لهم بتجاوز حدود الانتفاع المخول له، ومن أمثلة الغير الدائن المرتهن والمستأجر.

ثانيا : ويجب علي المنتفع أن يدير الشيء إدارة حسنة، ويبذل في ذلك العناية التي يبذلها الرجل المعتاد.

---

(١) م ٩٩٢ مدنى.

(٢) م ٩٨٨ مدنى، جمال ذكي، ص ٥٩٧.

فإذا أثبت المالك أن حقوقه في خطر جاز له أن يطالب بتقديم تأمينات، فإن لم يقدمها المنتفع أو ظل علي الرغم من اعتراض المالك يستعمل العين استعمالاً غير مشروع أو غير متفق مع طبيعتها، فللقاضي ان ينزع هذه العين من تحت يده وأن يسلمها إلى آخر يتولي إدارتها.

(ج) صيانة الشيء وتحمل عبء التكاليف المعتادة :

المنتفع ملزم أثناء انتفاعه بكل ما يفرض علي العين المنتفع بها من التكاليف المعتادة، وبكل النفقات التي تقتضيها أعمال الصيانة. أما التكاليف غير المعتادة والإصلاحات الجسيمة التي لم تنشأ عن خطأ المنتفع فإنها تكون علي المالك، ويلتزم المنتفع بأن يؤدي للمالك فوائد ما أنفقه في ذلك . فإن كان المنتفع هو الذي قام بالإنفاق كان له استرداد رأس المال عند انتهاء حق الانتفاع .

وعلي المنتفع أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله الشخص المعتاد. وهو مسؤول عن هلاك الشيء ولو بسبب أجنبي إذا كان قد تأخر عن رده إلى صاحبه بعد انتهاء حق الانتفاع .

إذا هلك الشيء أو تلف أو احتاج إلي إصلاحات جسيمة مما يجب علي المالك أن يتحمل نفقاته، أو إلي اتخاذ إجراء يقيه من خطر لم يكن منظوراً. فعلي المنتفع أن يبادر بإخطار المالك وعليه إخطاره أيضاً إذا استمسك أجنبي بحق يدعيه علي الشيء نفسه[1].

ويلتزم المنتفع بتلك الأعمال والنفقات خلال مدة الانتفاع فقط، لأن ذلك الالتزام يقابل الثمار التي يجنيها المنتفع، بل إن الصيانة ضرورية لإنتاج الثمار وتدفع عادة من ريع الشيء.

ويتحمل المنتفع كذلك التكاليف المعتادة لأنها تؤخذ عادة من غلة الشيء، وهي تقابل حصوله علي الثمار، مثال ذلك الضرائب والرسوم.

---

(١) م ٩٨٩: ٩٩١ مدني.

أمـــا التكاليف غير المعتادة، والإصلاحات الجسيمة، التي لم تنشأ عن تعديه أو تقصيره فإنها تكون علي المالك بلا جبر عليه، فإذا قام بها المنتفع كان له استرداد رأس المال عند انتهاء حق الانتفاع وذلك كله ما لم ينص الاتفاق بخلافه .

القاعـــدة إذن أن التكالــيف غيـــر المعتادة والإصلاحات الجسيمة كإعـــادة البناء المتهدم وتدعيم الأساسات وشق الترع والقنوات، يتحملها مالـــك الرقبة. أما إن كانت هذه الأعمال راجعة الي خطأ المنتفع (تعديه أو تقصيره) فيلزمه إعادة البناء وإصلاحه، فإن كان بغير تعديه فلا جبر عليه في ذلك.

وعـــبء القـــيام بهـــذه الأعمال يكون علي مالك الرقبة اختياراً لا جبراً، فهو لا يلتزم بالقيام بها، وإذا قام بها المنتفع يكون له الرجوع بها عليه عند نهاية حق الانتفاع بدون فوائده .

وذلك كله مع مراعاة ما تم الاتفاق عليه بين المنتفع ومالك الرقبة، فإن ما اتفق عليه هو الذي ينفذ دائماً، وإنما يرجع إلي الأحكام المتقدمة عن عدم الاتفاق .

(د) حفظ الشيء والمسؤولية عن هلاكه :

علـــي المنـــتفع أن يبذل في المحافظة علي الشيء ما يبذله الرجل المعتاد.

وإذا تلفـــت العين المنتفع بها بفعل الغير وتم دفع تعويض عن هذا التلف، انتقل حق الانتفاع إلي العوض .

وإذا كان التلف بفعل مالك الرقبة تعدياً أو تقصيراً، فإنه يجبر علي إعادة العين المنتفع بها إلي أصلها، ولا يجبر علي ذلك إذا كان التلف لا يرجع إليه[1].

وإذا حـــدث التلف بفعل المنتفع تعدياً أو تقصيراً أثناء مدة الانتفاع فإنه يضمن ما ترتب علي فعله، أما إن حدث ذلك بدون تعد أو تقصير

---

(١) السنهوري، ص ١٢٥٤.

مـــنه فلا ضمان عليه لأن حكمه حكم الأمين، والأمين لا يضمن مالا يد له فيه.

وفـــي جمـــيع الأحـــوال إذا أعـــيدت العين المنتفع بها إلى أصلها وبصفتها يكون للمنتفع حق الانتفاع بها المدة المقررة للانتفاع ما لم يتفق علي غير ذلك.

(هـ) إخطار مالك الرقبة بكل ما يطرأ علي العين من تعد أو هلاك :

يجب علي المنتفع أن يخطر المالك في الوقت المناسب وإلا تحمل ما يترتب علي تأخيره من ضرر يلحق المالك في الأحوال الآتية:

١ - إذا ادعـــي الغيـــر حقـــاً علـــي الشيء المنتفع به أو غصبه غاصب.

٢ - إذا هلك الشيء أو تلف أو احتاج إلي إصلاحات جسيمة مما يقع علي المالك .

٣ - إذا احـــتاج الشيء إلى إجراء يقيه من خطر لم يكن منظوراً كالسيل ونحوه

(و) التزام المنتفع برد الشيء عند نهاية الانتفاع :

أولا: يجـــب علـــي المنتفع أن يحافظ علي الشيء ليرده بحالته في نهايـــة المدة إلي مالك الرقبة، ويكون مسؤولا عن كل ما يصيب العين من ضرر، متي كان ذلك بفعله أو تقصيره .

ويســـأل المنتفع عن كل ما يصيب الشيء من تلف أو هلاك ولو بســـبب أجنبي. إذا تأخر المنتفع عن رد الشيء الي صاحبه بعد انتهاء الانـــتفاع[1]، فإنـــه يعتبر في حكم الغاصب. ويعتبر تعدياً حبس الشيء المنتفع به وعدم رده لمالكه بعد انتهاء مدة الانتفاع مع إمكان الرد، ولو لم يستعمله المنتفع أو ورثته، ولو لم يطلبه المالك.

ثانـــيا: وإذا كـــان صاحب حق الانتفاع قد أجري في العين بعض التحسينات برضي المالك، فإن الأخير يلتزم بأن يعوض المنتفع، أما إذا

(١) م ٩٩٠ مدنى.

كانــت هذه التحسينات قد تمت بدون إذن المالك فإن المنتفع لا يستحق عنها آية تعويضات.

وبالنســبة لمــا قــد يقيمه المنتفع من إنشاءات وغراس في العين المنــتفع بهــا خــلال مدة الانتفاع، تطبق عليها أحكام الالتصاق والتي تتوقف بحسب ما إذا كان المنتفع حسن أو سيئ النية[1].

المطلب الخامس
انتهاء حق الانتفاع

ينقضــي حق الانتفاع بانتهاء أجله، أو بموت المنتفع، أو بالتنازل عــنه. أو بهــلاك الشيء، أو بإنهائه لسوء الاستعمال، أو باتحاد صفة المالك والمنتفع. ونعرض لتلك الأسباب فيما يلي .

(أ) انتهاء المدة المحددة أو موت المنتفع :

ينتهي حق الانتفاع بانقضاء الأجل المحدد في سند إنشائه، فإن لم يعــين له أجل عد مقررا لحياة المنتفع، وهو ينتهي على أي حال بموت المنــتفع، حتي قبل انقضاء الأجل المعين. أي أن حق الانتفاع ينقضي بانــتهاء الأجل المحدد أو موت المنتفع، حتى ولو حدث ذلك قبل انتهاء الأجــل، وينتهــي الحــق بوفاة المنتفع حتى ولو تم التصرف فيه وكان المتصرف إليه لازال حيا .

ويظــل حــق الانــتفاع المقرر للشخص المعنوي طوال بقاء هذا الشخص، وينقضي بانحلاله.

وفــي حالــة انقضاء حق الانتفاع بانتهاء مدته أو بموت المنتفع، وكــان فــي الأرض المنــتفع بها زرع لم يبلغ الحصاد تركت الأرض للمنتفع أو ورثته بأجر المثل لحين بلوغ الزرع الحصاد وحصده، ما لم ينص سبب إنشاء الانتفاع على غير ذلك[2].

---

(١) انظر ما يلي ص ٤٠٩ .

(٢) م ٩٩٣ مدنى.

(ب) انتهاء حق الانتفاع بهلاك الشيء :

ينقضـــي حق الانتفاع بهلاك الشيء الوارد عليه كلية، سواء كان الهـــلاك ماديـــاً كهدم المنزل أو احتراقه، أو قانونياً كنزع ملكية الشيء للمنفعة العامة.

فإذا تلفت العين المنتفع بها بفعل الغير أو تعديه، وكانت مضمونة علـــي مـــتلفها، ودفع عن ذلك تعويضاً أو تأميناً، أي أن المالك استحق تعويضـــاً أو تأميناً من الغير في مقابل تلف العين، فإن حق الانتفاع في مدته الباقية ينتقل إلى العوض[1].

ويجبـــر المالـــك علي إعادة العين المنتفع بها إلي أصلها إذا كان الـــتلف بفعلـــه تعدياً أو تقصيراً، ولا يجبر علي ذلك إذا كان التلف لا يرجع إليه.

وفـــي جمـــيع الأحـــوال إذا أعـــيدت العين المنتفع بها إلى أصلها وبصـــفتها يكون للمنتفع بها المدة المقررة للانتفاع ما لم يتفق علي غير ذلك.

ويلاحظ أن الهلاك الذي يؤدي الي انقضاء حق الانتفاع هو الهلاك الكلـــي، كما لو كان الحق وارداً علي بناء وهلك كلية بسبب الحريق أو القـــدم. فـــإذا أعيد بناء المنزل فإن حق الانتفاع يعود مرة أخري المدة المقررة للانتفاع ما لم يتفق علي غير ذلك.

أما في حالة الهلاك الجزئي، فإن حق الانتفاع لا ينقضي، بل يظل قائمـــاً علـــي الجـــزء الباقي من العين، كما لو كان الانتفاع وارداً علي مـــزرعة وتهدمت حظيرتها، فان الانتفاع يظل علي باقي العناصر بما فيها الأرض.

ولا ينقضـــي حق الانتفاع في حالة الهلاك الكلي إلا إذا كان ذلك الهـــلاك راجعـــاً إلي قوة قاهرة، أما إذا كان الهلاك بسبب خطأ شخص

---

(١) م ٩٩٤ مدنى. انظر مؤلفنا فى قانون التأمين، الإسكندرية، ١٩٩٨.

معـــين فـــإن الانـــتفاع لا ينقضي. بل ينتقل إلي التعويض الذي يلتزم المخطـــئ بدفعه أو إلى مبلغ التأمين إذا كان الشيء مؤمناً عليه، أي أن حـــق الانـــتفاع يتقـــرر علي النقود البديلة للشيء تطبيقاً لفكرة الحلول العيني. ويستطيع المنتفع توظيف هذه الأموال والاستيلاء علي فوائدها.

وإذا هلـــك الشيء بخطأ مالك الرقبة، فإنه يلتزم بإعادة الشيء إلي أصـــله، لـــيعود حق الانتفاع إلي ما كان عليه، مع تعويض المنتفع عما فاتـــه مـــن انتفاع به. أما إذا رجع الهلاك إلى خطأ المنتفع، فأنه إما أن يلتـــزم بإعادة الشيء إلي أصله ليعود حق الانتفاع عليه من جديد، وأما أن يؤدي ذلك إلي سقوط حقه بسبب إساءة الاستعمال.

وأخيراً فإن الهلاك قد يتمثل في حدوث تغيير في الشيء علي نحو يجعلـــه غيـــر صالح للاستعمال الذي تقرر حق الانتفاع من أجله. مثال ذلك نضوب مياه البئر الذي يرد عليه حق الانتفاع، هنا ينقضي الحق إذا كـــان الماء قد نضب بصفة نهائية، أما إذا كان نضوب الماء مؤقتا فإن صاحب الانتفاع يعود إلى استعماله بمجرد عودته .

(ج) انتهاء حق الانتفاع بالنزول عنه :

يزول حق الانتفاع بنزول المنتفع عنه، وهنا تعود إلي مالك الرقبة ملكـــية العـــين كاملة. وقد يتنازل المنتفع عن حقه بإرادته المنفردة أو باتفاقه مع المالك. فإذا نزل المنتفع عن حقه بإرادته المنفردة فإنه يلتزم بـــذلك النزول بمجرد صدوره، ولا يستطيع الرجوع فيه . ويترتب علي النزول ترك المنتفع لحقه، لذا يسمي بالنزول المسقط، ويكون له وصف التخلـــي. ويـــرتب النزول أثره في إسقاط حق الانتفاع دون حاجة إلي قبول مالك الرقبة.

ولا يشـــترط فـــي النـــزول عن حق الانتفاع أي شكل خاص، فقد يصـــدر صراحة وبدون تحفظ، وقد يصدر مقترنا بتحفظات معينة، فلا يـــرتب أثـــره إلا بعد ستيفاء تلك التحفظات. ويجوز أن يكون النزول ضمنيا أي يستخلص من ظروف تقطع في الدلالة علي حدوثه. وقد يقع

النزول بالاتفاق بين مالك الرقبة والمنتفع، سواء كان ذلك بمقابل أو علي سبيل التبرع.

وسواء كان النزول معاوضة أو تبرع، فلا يحتج به علي أصحاب الحقوق المقيدة علي حق الانتفاع، حيث تظل هذه الحقوق قائمة عليه إلي حين انقضائه بنهاية مدته أو بوفاة صاحبه .

(د) إسقاط حق الانتفاع بسبب سوء الاستعمال :

يلتزم صاحب الانتفاع باستعمال حقه طبقاً للشروط الواردة في سند إنشاء هذا الحق، وأن ينفذ الالتزامات الملقاة علي عاتقه خلال مدة انتفاعه بالحق فإذا خالف تلك الشروط والالتزامات فإن ذلك يعرض حقه للسقوط.

إذا كان صاحب الانتفاع مقيداً بشرط في سبب اكتسابه حق الانتفاع، فليس له أن يتجاوز القيد المشروط. ولمالك الرقبة الاعتراض علي استعمال المنتفع للشيء استعمالاً غير مشروع، أو مخالفاً للشرط أو لا يتفق مع طبيعة الشيء وما أعد له عادة. وله أن يطلب من المحكمة إنهاء حق الانتفاع ورد الشيء له دون أن يخل ذلك بحقوق الغير الذي تعامل معهم المنتفع ولا علم لهم بتجاوز حدود الانتفاع المقرر له.

فلمالك الرقبة أن يعترض علي أي استعمال غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة الشيء أو يخالف الاستعمال المتفق عليه في سند إنشاء حق الانتفاع، فإذا أثبت أن حقوقه في خطر، جاز له أن يطلب من القاضي نزع العين من تحت يد المنتفع وردها إليه بعد الحكم بإنهاء حق الانتفاع، دون إخلال بحقوق الغير.

(هـ) انتهاء حق الانتفاع باتحاد صفتي المالك والمنتفع (اتحاد الذمة):

ينتهي حق الانتفاع إذا اجتمعت في شخص واحد صفتا المالك والمنتفع، وهذا ما يسمي باتحاد الذمة. ويتحقق ذلك إذا اجتمعت صفتا المالك والمنتفع في شخص المنتفع وذلك في حالة اكتسابه لأصل الملكية أو للرقبة بحيث يندمج الحقان معاً ، هنا تصبح الملكية التامة للمنتفع،

ويكتسب المنتفع ملكية الرقبة بالميراث أو بالتصرف القانوني بمقابل أو بدون مقابل.

ويمكن أن تجتمع الصفتان في شخص مالك الرقبة حينما يؤول إليه حق الانتفاع، إما بالميراث، وهنا ينقضي هذا الحق بسبب وفاة صاحبه، أو بالتصـــرف القانوني بعوض أو علي سبيل التبرع، وهنا ينقضي هذا الحق بالنزول عنه.

ولا يؤثر انقضاء حق الانتفاع علي حقوق الغير المقررة عليه، بل تبقي هذه الحقوق قائمة علي حق الانتفاع. ولا تمتد الي الرقبة.

المبحث الثاني
حق الاستعمال وحق السكنى

(أ) مفهـــــوم:

حــق الاســتعمال فرع من حق الانتفاع الذي يشمل الانتفاع بكل أنـــواعه ووجـــوهه، أما الاستعمال فيقتصر علي الشخص نفسه وأسرته التـــي تلـــزمه نفقتها. وحق السكني فرع من حق الاستعمال، إذ يقتصر علي سكني العين المنتفع بها دون غير ذلك من أنواع الاستعمال.

فحق الانتفاع يتضمن سلطة الاستغلال وسلطة الاستعمال، أما حق الاســتعمال فيقتصــر علـــي سلطة الاستعمال وحدها، بل ويتحدد هذا الاســتعمال بحدود حاجة صاحب الحق وأسرته الخاصة أنفسهم أي كل من يعولهم.

أما حق السكني فهو وجه من وجوه الاستعمال وهو السكني أو هو حــق الاســتعمال مطبقاً علي المنازل، ويخول صاحبه استعمال المنزل بسكناه هو وأفراد أسرته.

"وعلـــي ذلـــك يكـــون حق الانتفاع هو أعم الحقوق الثلاثة، فإذا تخصــص للاستعمال دون الاستغلال، كان حق استعمال، وإذا تخصص الاستعمال للسكني دون غيرها من ضروب الاستعمال، كان هذا هو حق الســكني. يتضح من ذلك أن كلاً من حق الانتفاع وحق الاستعمال يرد علـــي العقـــار وعلي المنقول، أما حق السكني فلا يرد إلا علي العقار وبالذات علي دار السكني".

(ب) الطابع الشخصي لحقي الاستعمال والسكني :

يتسم كل من حق الاستعمال وحق السكني بالطابع الشخصي، فهما من الحقوق التي ترتبط بمن تتقرر لمصلحته، وتتعلق بشخص صاحبها. فحــق الاســتعمال وحــق الســكني يتميــزان عن حق الانتفاع بأنهما مقصوران علي ما يكون صاحب الحق في حاجة إليه هو وأسرته، لهذا

نص القانون علي أنه لا يجوز النزول للغير عن حق الاستعمال أو عن حق السكني، إلا بناء علي شرط صريح أو مبرر قوي[1].

أي أنه لا يجوز النزول عنهما للغير، إلا إذا اشترط ذلك صراحة، أو وجد مبرر قوي لهذا النزول، وقد أراد المشرع بهذا الاستثناء شيئاً من المرونة علي حق السكني بنوع خاص، لأن المبرر القوي كثيراً ما يتحقق في حق السكني، بأن تصبح الدار محل الحق قديمة أو غير لائقة لسكن المنتفع، فيكون له في هذه الحالة أن يؤجرها.

يتضح من ذلك أن طبيعة حق الاستعمال وحق السكني تتحدد بالطابع الشخصي لصاحب الحق و أفراد أسرته، حيث يتحدد نطاق حق الاستعمال أو السكني بحاجة صاحب الحق وأسرته لخاصة أنفسهم فحسب مع مراعاة ما نص عليه في السبب المنشئ للحق من أحكام[2].

(ج) نطاق حق الاستعمال وحق السكني :

يتحدد نطاق كل من حق الاستعمال وحق السكني طبقاً للنص السابق بحاجة صاحب الحق وأسرته لأنفسهم فحسب، فاستعمال قطعة الأرض يتمثل في قيام الشخص وذويه بإشباع حاجاتهم مما تنتجه من خيرات، وكذلك الحال بالنسبة للدار حيث يحق للشخص وذويه سكناها إعمالا لحق السكني .

فقد يتحدد نطاق كل من الحقين من خلال النص علي ذلك في السبب المنشئ للحق. فهذان الحقان يعتبران من الحقوق العينية التي تتقرر علي عين مملوكة للغير بمقتضى سبب منشئ كبيع أو وصية أو هبة، ويمكن أن يتضمن هذا السبب المنشئ تحديد نطاق الحق وأحكامه .

---

(١) م ٩٩٧ مدنى.

(٢) م ٩٩٦ مدنى.

(د) أحكام حق الاستعمال وحق السكني:

١ - تسري أحكام حق الانتفاع علي حق الاستعمال وحق السكني فيما لا يتعارض مع الأحكام المبينة في المادتين السابقتين ولا يتعارض مع طبيعة هذين الحقين[1].

٢ - يلقي المشرع علي عاتق صاحب حق السكني الالتزام بالقيام بالإصــلاحات الضرورية التي تلزم الدار موضوع حقه، وإذا امتنع عن القــيام بــتلك الإصــلاحات فإن حقه يتعرض للسقوط كجزاء للإخلال بالالتزام القانوني الذي يقع علي عاتقه.

٣ - وبالنســبة للمنشآت التي يقيمها صاحب حق السكني في الدار لإصــلاحها فإنهــا تأخذ حكم المباني التي يقيمها الحائز في ملك الغير بحســن نــية، وتطــبق عليه أحكام الالتصاق حيث لا يجوز لصاحب الأرض والدار أن يطلب إزالة ما أنشأه صاحب السكني، وإنما يكون له الخيار عند انتهاء حق السكني في أن يتملك المنشآت في مقابل تعويض صــاحب السكني بما أنفق أو بما زاد في قيمة الأرض أو يُملك الأرض لصاحب حق السكني في مقابل تعويض بثمن المثل زماناً ومكاناً.

٤ - وإذا أقــام صاحب حق السكني منشآت لا تستلزمها متطلبات الإصــلاح ولكن بإذن المالك، فإن المالك يدفع له ما أنفقه . أما إن أقام تلــك المنشــآت بــدون إذن المالك فهو سيئ النية وتطبق عليه أحكام الالتصاق، حيث يكون للمالك حق طلب الإزالة مع التعويض إن كان له مقــتض، أو إبقــاء المنشآت لنفسه في مقابل تعويض صاحبها بقيمتها مستحقة الإزالة أو ما زاد في قيمة الأرض بسببها.

٥ - وفــيما عدا ما تقدم من الأحكام فإنه تسري الأحكام الخاصة بحــق الانتفاع طالما لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين . وعلي ذلك فــإن أســباب كسب حق الاستعمال وحق السكني هي العقد والوصية،

---

(١) م ٩٩٨ مدني.

ويلتــزم صاحب حق الاستعمال بنفس الالتزامات التي تقع علي صاحب حــق الانتفاع، من ضرورة استعمال الشيء فيما أعد له، والقيام بأعمال الصـــيانة والتكالـــيف المعتادة، وحفظ الشيء، ورده في نهاية المدة إلى المالـــك. وينتهي هذان الحقان بموت صاحب الحق، أو بانقضاء الأجل المحدد لهما، وبالنزول عنهما، وبهلاك الشيء، وباتحاد الذمة.

المبحث الثالث
حق القـــــرار

حـــق القـــرار صورة من حق الانتفاع، وهو مأخوذ عن الشريعة الإســـلامية لـــذا نفضـــل عرض أحكامه حيث تبدو حيويته في العصر الراهن أمام الاتجاه نحو تعمير الأراضي الصحراوية.

نعـــرض للمقصـــود بحـــق القرار وطرق اكتسابه، ثم نبين آثاره، وأخيراً نتعرض لطرق انقضائه.

المطلب الأول
تعريف حق القرار وطرق اكتسابه

(أ) تعريف حق القرار:

حـــق القـــرار حـــق عيني، يعطي صاحبه الحق في إقامة بناء أو غـــراس علي أرض الغير. فالقرار فرع من الانتفاع ولكن علي وجه معـــين هو إقامة بناء أو غراسٍ في الأرض المنتفع بها، ولما كان البناء والغـــراس يعيشان زمناً طويلاً، أي أنهما يستقران في الأرض إلى أن يـــزول البناء أو الغراس فقد سمي الحق بحق القرار علي أرض الغير، ولا يكـــون ذلك إلا باتفاق ينص علي القدر والأجرة والمدة بين صاحب الأرض والراغب في البناء ونحوه .

يُعتبر حق القرار من الحقوق العينية المتفرعة عن الملكية، يترتب علـــي أرض معينة، ويخول لصاحبه الانتفاع بالأرض بالبناء عليها أو بالغراس فيها في مقابل أجرة معينة.

ويـــتملك صـــاحب حـــق القرار ما يحدثه في الأرض من بناء أو غراس أو غيره، ملكاً تاماً، وله الحق في أن يتصرف فيه وحده، أو مع حقه في القرار، وينتقل بالميراث من بعده إلي ورثته .

(ب) اكتساب حق القرار:

إن حق القرار يُكتسب بالاتفاق، وينتقل بالميراث أو الوصية .

١ - ينشــأ حــق القــرار بالاتفاق، أي بعقد منشئ للحق العيني، بعــوض كالبــيع أو المقايضة، أو بغير عوض كالهبة. وقد يكون العقد ناقلاً لحق القرار لا منشئاً له. فصاحب حق القرار يستطيع أن يتصرف فيه إلى الغير.

٢ - وينشأ حق القرار بالوصية، أي يكتسب ابتداء بالوصية، وذلك بــأن يوصـــي المالــك بحق القرار لشخص معين وتبقى ملكية الأرض للــورثة، أو يوصي المالك بالرقبة (ملكية الأرض) لشخص معين أو جهة معينة فيبقي حق القرار للورثة.

وينــتقل حق القرار بالوصية لأن هذا الحق لا ينتهي بوفاة صاحبه - كما في حق الانتفاع - بل يستمر الي نهاية المدة المتفق عليها . ومن ثــم يستطيع صاحب حق القرار أن يوصي به لشخص أو عدة أشخاص موجودين علي قيد الحياة أو للحمل المستكن .

٣ - ويكتسب حق القرار أخيراً بالميراث، فإذا توفي صاحبه قبل نهاية مدته، فإن الحق ينتقل من بعده إلي ورثته .

المطلب الثاني
آثار حق القرار

يبين السند المنشئ لحق القرار حقوق صاحبه والتزاماته . أي أن السند المنشئ يكون متضمناً لأبعاد هذا الحق ونطاقه ومضمونه.

(أ) حقوق صاحب القرار :

١ - ينشئ حق القرار لصاحبه حقاً عينياً علي أرض مملوكة للغير يخــوله الانتفاع بهذه الأرض بكافة وجوه الانتفاع، وله علي الخصوص أن يقيم عليها أبنية ويغرس فيها أشجاراً. وله أن يعلو بالبناء القائم علي الأرض وفـــي أن يحــدث به زيادة أو تعديلاً وذلك في حدود ما يخوله القانون أو ما يتفق عليه في العقد[1] .

---

(1) Viatte, Bail à Construction, R. des loyers, 1996, P. 9.

٢ - يمـــتلك صـــاحب حق القرار ما يحدثه من بناء أو غراس أو غيـــره ملكاً تاماً . فحق القرار منفصل عن ملكية الأرض، ومن ثم فإن ما يغرسه صاحب حق القرار أو يبنيه في الأرض يكون مملوكاً له ملكاً تاماً، ويجوز له أن يتصرف فيه استقلالا أو مقترناً بحق القرار. أي أن كـــل ما يقيمه صاحب حق القرار علي الأرض من بناء أو غرس يملكه ملكـــاً خالصاً . وتتميز هذه الملكية عن حق القرار . ويترتب علي ذلك أن لصاحبه أن يتصرف في البناء أو الغراس منفصلاً عن حق القرار، كما إذا باع البناء لمشتر، واكتفي بأن يؤجر له حق القرار، فيكون للعقار فـــي هـــذه الحالـــة ملاك ثلاثة : صاحب الرقبة، وصاحب حق القرار، وصاحب البناء .

ويجـــوز أن يتصـــرف صاحب حق القرار في حقه دون البناء أو الغراس ويصبح هو المستأجر في هذه الحالة لحق القرار مع بقائه مالكاً للبـــناء أو الغـــراس، ولكن الغالب أن يتصرف صاحب القرار في حقيه مجتمعين لأن كلاً منهما مكمل للآخر .

٣ - يمتلك صاحب حق القرار حقاً عينياً علي الأرض، لذا يجوز له أن يتصرف في حقه بكل أنواع التصرفات، تبرعاً أو معاوضة، كبيع أو هبة . وله أن يرتب عليه حق انتفاع أو حق ارتفاق أو رهن، بل إن له أن يؤجر هذا الحق . وينتقل حق القرار بعد وفاة صاحبه إلى ورثته أو غيـــرهم بالوصية، وذلك علي نقيض حق الانتفاع الذي ينقضي حتماً بوفاة صاحبه .

يجـــوز لصاحب حق القرار أن يقرر علي الأرض التي يقع عليها حقه، حقوق الارتفاق لخدمة عقار آخر، بالمرور أو السقي (الشرب) أو الصـــرف أو المســـيل وما شابه ذلك، فيكون الارتفاق مقرراً علي حق القـــرار فـــي نفس الوقت بشرط أن لا يتعارض الاتفاق مع طبيعة حق القـــرار بناء أو غراساً، فلا يجوز مثلاً تقرير المرور من داخل غرف الـــدار المســـكونة لأن ذلك يتعارض مع طبيعتها. ولا يجوز تقرير حق المسيل علي نحو يؤدي إلى الأضرار بالمباني القائمة علي الأرض .

(ب) التزامات صاحب حق القرار :

١ - يلتزم صاحب حق القرار بدفع الأجرة المتفق عليها، والالتزام بدفـــع الأجـــرة هو التزام شخصي يقع علي صاحب حق القرار أو من يخلفه في هذا الحق .

وتســـري علـــي أجرة القرار القواعد العامة في الأجرة[1]، وتكون مســـتحقة في المواعيد التي يتفق عليها في سند إنشائه، وفي حالة عدم وجود اتفاق فإنها تستحق في نهاية كل سنة.

ويجوز لصاحب الأرض مطالبة صاحب القرار بالأجرة إذا تأخر عـــن أدائها، وله أن ينفذ علي أمواله لاقتضاء الأجرة المستحقة ولكن لا يجـــوز له أن يطلب فسخ عقد القرار لعدم الوفاء بالأجرة لأية مدة، كما هـــو الحال في الإيجار مثلاً، بل يلزم أن يستمر عدم الوفاء بالأجرة مدة طـــويلة يستشف منها تعنت صاحب القرار، وتقدر هذه المدة بسنتين أو ثـــلاث ســـنوات. ويجوز الاتفاق علي مدة أخري أطول أو أقصر لأن الأمر لا يتعلق بالنظام العام.

ولعـــل السبب في التفرقة في الحكم - في حالة عدم دفع الأجرة - بـــين الإيجار وحق القرار هو أن القرار يختلف عن الإجارة العادية في أنـــه حق عيني يكلف صاحبه نفقات كثيرة، ومن ثم فلا يصح أن يهدد بالفسخ إلا بعد فترة ملائمة من الزمن .

٢ - يلتزم صاحب حق القرار بأن ينتفع بالأرض بالبناء والغراس مراعياً في ذلك الشروط المتفق عليها وطبيعة الأرض، والغرض الذي أعدت له، وما يقضي به عرف الجهة.

وإذا لـــم يقـــم صـــاحب حق القرار بتنفيذ التزامه، جاز لصاحب الأرض، تطبـــيقاً للقـــواعد العامة، أن يطلب التنفيذ العيني أو الفسخ مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى عن الأضرار التي لحقته.

---

(١) انظر مؤلفنا في قانون الإيجار، الإسكندرية، ٢٠٠١.

المطلب الثالث
انتهاء حق القرار

(أ) حالات انتهاء حق القرار :

ينتهي حق القرار بأحد أسباب ثلاثة هي :

انتهاء المدة المتفق عليها، اتحاد الذمة، التخلف عن دفع الأجرة.

١ - يتضح من ذلك أن حق القرار ينتهي بحلول الأجل المعين له بحسب المتفق عليه في سبب إنشائه.

٢ - وينتهي هذا الحق أيضا إذا آلت الأرض لصاحب القرار بالبيع أو الهبة أو الميراث، أو العكس أي إذا آل حق القرار إلى صاحب الأرض بنفس الأسباب، وهذا ما يطلق عليه اتحاد الذمة، أي تجتمع الصفتان في نفس الشخص، وذلك بأن يجمع صاحب الأرض بين صفته وصفة صاحب القرار، أو يجمع صاحب القرار بين صفته وصفة صاحب الأرض.

٣ - وينقضي حق القرار كذلك إذا أخل صاحبه بالالتزامات التي يلقيها عليه سند إنشاء الحق، ويبدو ذلك بصفة خاصة في حالة تخلفه عن الوفاء بالأجرة مدة سنتين متتاليتين ما لم يتفق علي خلاف ذلك، ونفس الحكم إذا خالف صاحب حق القرار الاستعمال المتفق عليه والذي يتفق مع طبيعة الأرض .

(ب) حكم زوال البناء أو الغراس:

لا ينتهي حق القرار إذا زال البناء أو الغراس قبل المدة المتفق عليها، بل يبقي لحين انتهاء مدته .

مؤدي ذلك أن زوال البناء أو الغراس قبل انتهاء مدة حق القرار ليس من شأنه أن ينهي ذلك الحق، بل يكون لصاحبه إعادة البناء أو الغراس إلى نهاية مدة الحق وذلك أيا كان السبب في هذا الزوال، سواء أكان بفعل صاحب حق القرار، أم بفعل الغير أو المالك، أو بقوة قاهرة.

ولا يخل ذلك بطبيعة الحال بحقه في طلب تعويض ممن تسبب في إزالة البناء والغراس تطبيقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية.

(ج) مصير البناء أو الغراس :

عـند انـتهاء حق القرار تطبق علي المباني والمنشآت والغراس الأحكـام الخاصـة بـذلك فـي الإجارة، وبصفة خاصة تلك المتعلقة بالمزارعة (المغارسة).

بالنسـبة لحكم البناء أو الغراس الموجود بالأرض عند انتهاء حق القـرار فإن صاحب حق القرار قد يكون متعدياً أو مقصراً أو لا يكون، وهل تكفي المدة المقررة لحق القرار لاكتمال صلاح الغراس وأداء ثمرة أم لا تكفي، وكذلك الحال بالنسبة لنوع البناء الذي يقيمه مراعياً في ذلك مدة القرار .

إذا اخـتل شـرط أو أكثـر من شروط الصحة فالغروس للغارس وعليه أجرة المثل، وعند التفاسخ يخير الغارس بين تفريغ الأرض بقلع الغـروس ويرجع بنقصانها وهو ما بين قيمتها قائمة ليس لها حق البقاء وقيمتها مقلوعة أو تركها لرب الأرض وأخذ قيمتها ليس لها حق البقاء.

إن ما وضع بتعد من غرس أو بناء أو نحوهما وجب علي واضعه إزالـته وتسـليم أرش الأرض، لمـا لحـق بها من ضرر بسبب القلع والإزالـة، مـا لـم يـرغب مالك الأرض في بقاء الغروس أو البناء ونحـوهما، فعلـيه تسليم قيمة الغروس أو الأنقاض قائمة ليس لها حق البقاء، وعلي الواضع تعدياً أجرة الأرض بما يقدره عدلان وأرش جناية ما أحدثه.

تـتعلق تلك الأحكام بمصير الغراس والبناء الذي يقيمه الغارس أو البانـي بحـق (بحسـب نية) أو بتعد أي بدون وجه حق (بسوء نية). وبتطبيق ذلك علي مقيم البناء أو الغراس في حالة حق القرار، يتبين لنا وجوب التفرقة بين الفرضين :

أولاً : مصـير البـناء أو الغراس الذي يقيمه صاحب حق القرار اسـتناداً الـي حقه : رأينا ان حق القرار يخول صاحبه إقامة البناء أو

الغراس علي الأرض التي يرد عليها حقه طبقاً لسند إنشاء الحق وطبيعة الأرض، فـإذا أقام صاحب الحق المنشئات في حدود حقه دون تعد منه أو سوء نية فإنه يكون حسن النية ويخير بين أمرين في حالة ما إذا ظل البناء أو الغراس قائماً رغم انتهاء مدة الحق في القرار :

١ - تفريغ الأرض بقلع الغروس والرجوع علي صاحب الأرض بالفـرق بين قيمتها قائمة ليس لها حق البقاء وقيمتها مقلوعة وذلك لأنه إنما وضع الغراس في الأرض بإذن مالكها .

٢ - تـرك البناء أو الغراس لصاحب الأرض وأخذ قيمتها قائمة لـيس لها حق البقاء . ويكون الخيار لصاحب حق القرار وليس لمالك الأرض، ولا يستطيع هذا الأخير أن يطلب إزالة البناء أو الغراس . ولا شـك أن صاحب القرار سيختار الحل الأمثل له اقتصادياً، ويتوقف ذلك بطبـيعة الحال علي طبيعة البناء أو الغراس وعما إذا كان من الممكن قلعهما مع الاستفادة منهما من عدمه .

ثانـيا : مصـير البناء أو الغراس الذي يقيمه صاحب حق القرار بـدون وجـه حـق : ويتمثل ذلك الفرض في حالة إقامة صاحب حق القـرار للبناء أو الغراس بسوء نية، أي بالمخالفة للشروط الواردة فى سند إنشاء الحق، وذلك كارتفاعه بالبناء بالتجاوز للعلو المتفق عليه، أو إقامة غراس لا يتفق مع طبيعة الأرض وما أعدت له طبقاً للمألوف، أو تعمـده البناء أو الغراس قبيل نهاية المدة مع علمه بأن المدة المتبقية لن تكفـي للاسـتفادة منها. هنا يعتبر الغارس أو الباني متعدياً ويأخذ حكم الغاصب، ويكون الخيار، فى هذه الحالة، لصاحب الأرض، حيث يمكنه أن يختار أحد أمرين[1] :

١ - إزالـة الغـراس أو البـناء علـي نفقة صاحب حق القرار وتعويض مالك الأرض عما أصابها من ضرر بسبب القلع أو الإزالة.

---

(1) Ibled, Le droit de rouperficie, P. 542.

٢ - الإبقــاء علــي الغراس أو البناء أو نحوهما، مع دفع قيمتها قائمـــة لـــيس لها حق البقاء، وعلي الغارس أو الباني أجرة الأرض بما يقدره عدلان عن المدة التي بقي فيها غراسه أو بناؤه قبل اختيار المالك، هــذا بالإضـــافة إلى الحق في التعويض عما يكون قد لحقه من أضرار بسبب تعد صاحب حق القرار.

المبحث الرابع
حق الحـــكر

حـق الحكر مأخوذ من الفقه الإسلامي، وهو حق يخول المحتكر الانـتفاع، لمدة طويلة ونظير أجرة محددة، بأرض خربة أو بحاجة إلى إصـلاح كبير، وذلك بقصد استصلاح هذه الأرض وإعمارها بالبناء أو الغراس عليها.

وتقـرر محكمـة الـنقض بـأن حق الحكر يعد حقاً عينياً يترتب لصـاحبه علي أرض الغير ويراد به الانتفاع بالأرض مدة طويلة هي مدة الحكر فيكون للمحتكر الاستقرار والبقاء فيها[1].

---

(١) نقض ١٤/١١/١٩٨٣ س ٣٣ ص ٩١٠.

القول بأن الحكر حق عيني بل هو حق متداخل مع ملكية المالك الأصلي والتحدي بنصوص المادتين ١٠٨٦، ١٠٨٧ من مشروع القانون المدني الجديد، مردود بأنه يبين مما ورد بالأعمال التحضيرية في باب الحكر أن المشرع إنما أراد تقنين أحكام الشريعة الإسلامية علي الوجه الذي أقره القضاء كما يبين منها ان لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ لم توافق علي نصوص المادتين ١٠٨، ١٠٨٧ من المشروع واستبدلت بهما في بادئ الأمر نص المادة ١٠١٢ من مشروعها وكان هذا النص يجعل الاستبدال إجباريا علي صاحب الرقبة نظير كل قيمة الأرض المحكرة لا نظير ثلث قيمتها ثم قدم اقتراح بحذف المادة ١٠١٢ وإعادة النصوص التي وردت في المادتين ١٠٨٦، ١٠٨٧ من المشروع كما أقره مجلس النواب وقد ورد بتقرير اللجنة الإضافي ما يلي " ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح علي إطلاقه وإنما أقرت حذف المادة المقترح حذفها دون أن تستعيض عنها بنص آخر حتى لا تقطع بالرأي في مسألة تعارضت فيها المصالح والحقوق تعارضا يستعصي علي التوفيق ويحسن أن تترك هذه

=

نظـــم القانون المدني حق الحكر بصفته حقاً عينياً متفرعاً عن حق الملكـــية. وضـــيق المشرع من نطاق إنشاء هذا الحق مما ضيق مجال وجوده وأصبح قاصراً علي الأحكار القديمة[1].

الحقوق والمصالح علي حالها إلى أن يصدر في شأنها تشريع خاص". (نقض ١٩٥٨/١٢/٢٥ س ٩ ص ٨١٦)

(١) إبرام العقد محل النزاع في سنة ١٩٢٨ في ظل العمل بالتقنين المدني القديم الذي خلت أحكامه من تنظيم خاص لحق الحكر، فانه يتعين الرجوع إلى القواعد التي استقرت عليها الشريعة الإسلامية في شأن الحكر باعتبارها هي منشأ هذا النظام، والتي كانت تجيز تحكير الوقف وغير الوقف علي خلاف ما يقضي به التقنين المدني الحالي الذي قصر الحكر علي الأراضي الموقوفة وقد عرف الفقهاء الحكر بأنه عقد إيجار يبيح للمحتكر الانتفاع بالأرض المحكرة إلى اجل غير محدد، أو إلى اجل طويل معين مقابل دفع اجر المثل المقرر علي الأرض خالية، وحق الحكر يخول للمحتكر الحق في الانتفاع بالأرض بكافة أوجه الانتفاع وله حق القرار فيها بالبناء أو الغراس، وللمحتكر أن يتصرف في حق الحكر بجميع أنواع التصرفات فله أن يبيعه أو يهبه، أو يرتب عليه حق انتفاع، وله أن يؤجره للغير، وينتقل عنه بالميراث، ومن المقرر في قضاء هذه المحكمة - أن للمحتكر حق عيني تتحمله العين المحكرة في يد كل حائز لها، ولذلك فلا محل لقياس حالته على حالة المستأجر صاحب الحق الشخصي الذي يقيم بناء علي الأرض التي استأجرها. ومفاد ما تقدم أن عقد الحكر يختلف عن عقد الإيجار في أمور جوهرية فهو ينشا مؤيداً أو لمدة طويلة، بينما الإيجار حق شخصي ينشأ لمدة مؤقتة، والأجرة في الحكر هي أجرة المثل تزيد وتنقص تبعاً لزيادة أو نقص أجرة المثل، أما في عقد الإيجار فالأجرة ثابتة. (الطعن ١٠٩٠ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٩٠/٢/٢٨)

(أ) إنشاء حق الحكر:

١ - لا يجــوز إنشاء التحكير إلا لضرورة أو مصلحة وبإذن من المحكمــة الابتدائــية التي تقع في دائرتها الأرض كلها أو أكثرها قيمة ويجب أن يصدر به عقد علي يد رئيس المحكمة أو من يحيله عليه من القضاة أو الموثقين . ويجب شهره وفقاً لأحكام الشهر العقاري.

يتضــح من ذلك أنه يلزم لإنشاء الحكر اتباع عدة إجراءات شاقة: أولها إذن المحكمة، ثانيها توافر الضرورة، ثالثها صدور عقد (حجة) به علي يد رئيس المحكمة، رابعها الشهر طبقاً لأحكام الشهر العقاري.

٢ - لا يجوز ترتيب حق حكر عل أرض غير موقوفة وذلك منذ نفــاذ القانــون المدني . وقد ترتب علي إلغاء الوقف الأهلي، وتخويل وزير الأوقاف سلطة إلغاء الحكر علي الوقف الخيري، ان ضاق نطاق تطبيق الحكر إلى حد كبير[1].

٣ - لا يجــوز التحكير لمدة تزيد علي ستين سنة. فإذا عينت مدة أطول أو أغفل تعيين المدة أعتبر الحكر معقوداً لمدة ستين سنة[2].

(ب) حقوق المحتكر :

١- إن حق الحكر يخول المحتكر حقاً عينياً علي الأرض المحكرة ومــن ثــم فــان للمحتــكــر أن يتصرف في حقــه، وينتقل هذا الحق بالميراث[3].

---

(١) محكمة الموضوع صاحبة الحق في تقدير الدليل الجائز لها الأخذ به دون رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك فلها - اعتمادا علي ما ورد في حجة وقف ما من الإشارة إلى حكر لمصلحته علي ارض تابعة لوقف آخر - أن تقضي بثبوت هذا الحكر لذلك الوقف. (نقض ١٩٣٢/٦/٢ طعن رقم ١١ س ٢ق).

(٢) م ١٠٠٠، ١٠١٢، ٩٩٩ مدني.

(٣) م ١٠٠١، ١٠٠٢ مدني

٢ - يمــتلك المحتكــر ما أحدثه من بناء أو غراس أو غيره ملكاً تاماً، وله أن يتصرف فيه وحده أو مقترناً بحق الحكر[1].

لما كان القانون المدني القديم لم يقنن أحكام حق الحكر، وكان منشأ هذا الحق الشريعة الإسلامية فقد استقر الرأي علي الأخذ بأحكامها التي تعطي للمحتكر الحق في الانتفاع بالعقار المحتكر إلى الأبد أو لمدة طويلة، وحق البناء عليه والتصرف في ذات الحق وفي البناء - وهو حق يعتبر من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة. (نقض ١٩٧٠/١/٨ س ٢١ سنة ٢١ ص ٥١)

من مقتضى عقد الحكر- وعلي ما جري به قضاء محكمة النقض أن للمحتكر إقامة ما يشاء من المباني علي الأرض المحكرة، وله حق القرار ببنائه حتى ينتهي حق الحكر، وله ملكية ما أحدثه من بناء ملكاً تاماً، يتصرف فيه وحده أو مقترناً بحق الحكر، وينتقل عنه هذا الحق إلى ورثته، ولكنه في كل هذا تكون حيازته للأرض المحكرة حيازة وقتية لا تكسبه الملك. (نقض ١٩٧٢/٣/٧ س ٢٣ ص ٣٠٥)

(١) من مقتضى عقد الحكر إذن للمحتكر إقامة ما يشاء من المباني علي الأراضي المحكرة وله حق القرار وملكية ما يحدثه من بناء ملكاً تاماً وينتقل عنه هذا الحق إلى خلفه العام أو الخاص. (الطعن رقم ١٨٠٧ س ٥٢ ق جلسة ٤/١/ ١٩٨٦)

طلب الطاعنة ــ مورثة المحتكر ــ إزالة المنشآت المقامة على أرض الحكر أو تثبيت ملكيتها لها وطرد المطعون عليه منها ارتكاناً منها إلى حق الحكر وما يخوله لها من حق القرار وملكية مورثها لما أحدثه من منشآت وانتقالها إليها من بعده. رفض الحكم هذا الطلب لأن الطاعن لم تعد مالكة بعد لحق الرقبة =

يتضـــح مـــن ذلك أن المحتكر له حق الانتفاع بالأرض المحكرة بالتعميـــر والإصلاح والبناء والغراس، وهو يتملك ما ينشئه ملكاً تاماً، وهـــو بذلك يكون له حق الحكر علي الأرض وحق الملكية علي البناء والغـــراس، ولـــه أن يتصـــــرف في حق الملكية وحده أو مقترناً بحق الحكر[1].

وللمحتكـــر إجراء كافة أنواع التصرفات، كالبيع والهبة والوصية ولـــه أن ينشئ أي حق عيني أو شخصي علي حق الحكر كترتيب حق انتفاع أو ارتفاق، أو إنشاء وقف خيري أو حق حكر، أو تأجيره[2].

على أرض التداعى. خطأ. (الطعن رقم ١٧٦٦ لسنة ٦١ق، جلسة ١٤/٤/١٩٩٦)

(١) من مقتضى عقد الحكر أن يتملك المستحكر حق الانتفاع بالأرض المحكرة بالبناء، أو الغراس بينما يحتفظ المالك بملكية الرقبة المحكرة، كما أن للمستحكر أن يتصرف في حق الحكر بالبيع أو بغيره من التصرفات. (نقض ٢٤/٣/١٩٨١ س ٣٢ ص ٩٢٠)

(٢) الثابت من الاطلاع علي صورة العقد المؤرخ ١٠/٤/١٩٤٣ موضوع النزاع ان ناظر الوقف قد أجر الي المطعون ضده الأرض الفضاء محل النزاع بأجرة سنوية قدرها ٣٣٩ جنيه وعلي أن يكون للوقف حق رفع المقابل إلى اجر المثل عند تصقيع أراضي الوقف وعلي أن الغرض من التعاقد هو بناء هذه الأرض للسكن أو دكاكين تعلوها مساكن وعلي ان يكون البناء مملوك للمطعون ضده بأن هذه الشروط علي هذا الخير وذريته طبقة بعد طبقة ومن يرثهم، كما أقر المطعون ضده بمحاضر أعمال الخبير المنتدب بأن هذه أرض حكر مما مؤداه أن هذا العقد في مجمله وحقيقته ووفق إرادة طرفيه ونيتهما المشتركة هو عقد حكر صادر في ظل القانون المدني القديم، وإذ خلص الحكم المطعون فيه في

=

٣ - للمحتكــر حماية حقه بجميع دعاوي الحيازة والدعوى العينية التي يحمي بها الحكر ذاته.

٤ - يجوز للمحتكر حق أخذ الرقبة المبيعة بالشفعة[١] .

(ج) أجـــــرة الحكر :

١ - بالنسبة **لمقدار الأجرة** لا يجوز التحكير بأقل من أجرة المثل وتزيد هذه الجرة أو تنقص[٢] كلما بلغ التغيير في أجرة المثل حداً يجاوز

مدونته إلى اعتبار هذا العقد وفق شروطه ونصوصه المشار إليها عقد إيجار عادي صادر من ناظر الوقف عن ارض فضاء بقصد إقامة بناء عليها ورتب علي ذلك القضاء بتمكين المطعون ضده منها دون أن - يعن بتكييف هذا العقد بما يتفق ونية الطرفين المشتركة والتعرف علي حقيقة مرماهم في هذا العقد وعدم الانحراف عن إرادتهما الواضحة دون تقيد بما أطلقوه علي هذا العقد من أوصاف وما ضمنوه من عبارات إذ يتعين الأخذ بما تفيده هذه العبارات بأكملها باعتبارها وحدة متصلة متماسكة فانه بذلك يكون قد حجب نفسه عن بحث أوجه دفاع الطاعنين الجوهرية المؤسسة علي انقضاء حق الحكر سالفة الذكر مجتزئا في ذلك بمجرد القول بخلو الأوراق من تقديم الدليل علي تحكير أرض النزاع وبأن العقد سند الدعوى ليس حكراً مما يعيبه بالقصور في التسبيب، ومخالفة الثابت في الأوراق جره إلى الخطأ في تطبيق القانون. (نقض ١٩٨٤/٦/٢٠ س ٣٥ ص ١٧٠٠)

(١) محمد كامل مرسي، ص ٤٨٣.

(٢) حق المحتكر فى إقامة ما يشاء من مبان على الأرض المحكرة والقرار ببنائه وملكية ما أحدثه من مبان زيادة وتعديلاً. انتقال هذا الحق عنه إلى خلفه العام والخاص. للمحتكر أيضًا الحق فى حيازة العقار المحتكر والانتفاع به دون غيره ما لم يرتب هو لغيره حقًا يجيز له الحيازة والانتفاع. مؤدى ذلك. أن

الخمس زيادة أو نقصاً، علي أن يكون قد مضي ثماني سنوات علي آخر تقدير [1].

يكون للمحتكر رفع دعاوى الملكية واسترداد العقار المحكور ممن غصبه. (الطعن رقم ١٧٦٦ لسنة ٦١ق، جلسة ١٤/٤/١٩٩٦)

(١) يلتزم المحتكر بمقتضى المواد ١٠٠٣، ١٠٠٤،١، ١٠٠٥ من القانون المدني بأداء المقابل المتفق عليه وعلي أن يكون هذا المقابل مستحق الدفع في نهاية كل سنة ما لم ينص عقد التحكير علي غير ذلك وبزيادة المقابل وفقاً لأجر المثل وصقع المكان وذلك بخلاف إيجار الوقف إذ العبرة فيه بأجرة المثل وفقاً لنص المادة ٦٣٢ من القانون المدني بالوقت الذي أبرم فيه عقد الإيجار فلا يفيد بما يستجد من ظروف اقتصادية بعد ذلك ترفع من قيمة المقابل (نقض ٢٠/٦/١٩٨٤ س ٣٥ ص ١٧٠٠)

الاحتكار من وضع فقهاء الشرع الإسلامي. وهو عندهم " عقد إيجار يعطي للمحتكر حق البقاء والقرار علي الأرض المحكورة مادام يدفع أجرة المثل "وتقدير أجرته يكون: (أولا) علي اعتبار أن الأرض حرة خالية من البناء، و(ثانيا) لا يلاحظ فيه سوي حالة الصقع (أي الجهة والناحية) الذي فيه الأرض المحكورة ورغبات الناس فيها، وان يصرف الناس عن التحسين اللاحق بذات الأرض أو بصقع الجهة بسبب البناء الذى أقامه المحتكر.

إن ما قرره الشرع والقانون (لائحة الأوقاف) من ان تقدير أجرة الحكر يكون علي مثل ارض الوقف يقتضي معرفة ماذا كانت عليه حالة أرض الوقف عند التحكير. والمحتكر هو المكلف بإثبات حالتها تلك القديمة . وقاضي الموضوع متي تحري وتحقق وقرر للأرض حالة أصلية خاصة، أو متي قرر الخبير له حالة خاصة واعتمدها القاضي وبين في حكمه علة اعتباره إياه علي هذه الحالة

=

يرجع في تقدير الزيادة أو النقص إلي ما للأرض من قيمة ايجارية وقـــت التقديـــر[1]، ويراعي في ذلك صقع الأرض ورغبات الناس فيها بغــض النظر عما يوجد فيها من بناء أو غراس، دون اعتبار لما أحدثه المحتكر فيها من تحسين أو إتلاف في ذات الأرض أو في صقع الجهة، ودون تأثر بما للمحتكر علي الأرض من حق القرار[2].

الخاصة في مبدأ التحكير، كان رأيه في ذلك من مسائل الموضوع التي لا رقابة عليه فيها لمحكمة النقض. (نقض ١٩٣٨/٤/٢١ طعن رقم ١ سنة ٨ق)

(١) ما تشترطه المادة ١٠٠٤ من القانون المدني القائم لقبول طلب تعديل أجرة الحكر من مضي ثماني سنوات علي آخر تقدير هو حكم مستحدث وليس في أحكام الشريعة الإسلامية ولا في القواعد التي قررها الفقه والقضاء قبل صدور هذا القانون ما كان يفيد طلب تصقيع الحكر بوجوب مضي مدة معينة علي آخر تقدير، بل إن ما تقضي به أحكام الشريعة هو أن المحتكر تلزمه الزيادة كلما زادت أجرة المثل زيادة فاحشة. ولقد كان من المقرر في ظل القانون المدني الملغي أن تقدير ما إذا كان التغيير الذي طرأ علي أجرة المثل بلغ الحد الذي يبرر طلب الزيادة أو لم يبلغه من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع. (نقض ١٩٦٤/٤/١٦ س ١٥ ص ٥٥٦)

(٢) أجرة الحكر – طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية تتغير تبعاً لتغير أجرة المثل متي بلغ هذا التغيير حداً كبيراً زيادة أو نقصاً، فهي بطبيعتها قابلة للتغيير. (نقض ١٩٧٢/٦/١٣ س ٢٣ ص ١١٢١)

– تقدير القيمة الايجارية للأرض المحكرة طبقاً لنص المادة ١٠٠٥ من القانون المدني لا يكون إلا علي اعتبار أنها حرة خالية من البناء أو الغراس ولا يراعي فيه غير صقع الأرض ورغبات الناس فيها، ولا يجوز أن يتأثر بما للمحتكرين عليها من حق القرار. (نقض ١٩٧١/٤/٨ س ٢٢ ص ٤٦٧)

ولا يسري التقدير الجديد إلا من الوقت الذي يتفق الطرفان عليه، والإ فمن يوم رفع الدعوى.

٢ - **أمـــا عن ميعاد دفع الأجرة** فتكون الأجرة مستحقة الدفع في نهاية كل سنة ما لم ينص عقد التحكير علي غير ذلك .

٣ - **وأما عن جزاء عدم دفع الأجرة** فإنه يجب علي المحتكر أن يؤدي الأجرة المتفق عليها إلى المحكر .

- القاعدة الصحيحة الواجبة الاتباع، في تقدير أجرة الحكر عند طلب تصقيعه هي أخذاً من المبادئ الشرعية أن يكون التقدير علي اعتبار ان الأرض المحكرة حرة خالية من البناء وأن لا يلاحظ فيه سوي حالة الصقع الذي فيه الأرض المحكرة ورغبات الناس فيها، وأن يصرف النظر عن التحسين اللاحق بذات الأرض، وبصقع الجهة بسبب البناء الذي أقامه المحتكر، وأن لا يكون لحق البناء والقرار الذي للمحتكر تأثير في التقدير، وأنه لا محل للأخذ بنظرية النسبة التي تقضي بالمحافظة علي النسبة بين أجرة الحكر وقت التحكير، وقيمة الأرض في ذلك الوقت، إذ لا أصل لها في الشريعة الإسلامية وأن أجرة الحكر يجب أن تكون دائماً هي أجرة المثل . وقد أخذ المشرع بهذه القاعدة وقننها بما نص عليه في المادة ١٠٠٥ من القانون المدني . (نقض ١٩٧١/١/٥ س ٢٢ ص ٩)
- المحتكر هو المكلف بإثبات الحالة القديمة للأرض المحكرة إن ادعي أنها لم تكن وقت تحكيرها أرضاً فضاء - كما اعتبرتها المحكمة عند تصقيع الحكر بل كانت بركة وأصلحها علي نفقته. إذ هذه من قبله دعوى مخالفة للظاهر من الأمر، وإذا لم يدع امحتكر هذه الدعوى أمام محكمة الموضوع فإنه لا يجوز له أن يتحدي بهذا الدفاع لأول مرة أمام محكمة النقض لما يخالطه من واقع. (نقض ١٩٦٤/٤/١٦ س ١٥ ص ٥٥٦)

يجوز للمحتكر إذا لم تدفع له الأجرة ثلاث سنين متوالية أن يطلب فسخ العقد. وللمحكمة أن تمهل المحتكر إذا كانت هناك ظروف استثنائية تبـــرر الإمهـــال، وفي هذه الحالة يقدم المحتكر كفالة بضمان الوفاء بما يستحق في ذمته[1].

وتفتـــرض المـــنازعة حـــول الأجرة ثبوت حق الحكر أما إن ثار النـــزاع بصـــدد هذا الحق تعين علي المحكمة وقف الدعوى إلى حين الفصل في هذا النزاع[2].

---

(١) م ١٠٠٣ : ١٠٠٦، ١٠٠٩، ١٠١٠/٢ مدني

(٢) محكمة الموضوع غير ملزمة بوقف الدعوى المتعلقة بالمطالبة بمقابل الانتفاع أو بالقيمة الايجارية إلا إذا أثيرت المنازعة حول ملكية العين الوارد عليها هذا الطلب، أما إذا أثيرت وفصل فيها بقضاء قطعي فان المنازعة لا تكون لها محل بعد هذا القضاء ولا يكون لمن صدر عليه الحكم بذلك أن يعود لمناقشة المسألة التي تم الفصل فيها، كما لا يجوز ذلك للمحكمة حتي لو قدمت لها أدلة جديدة قاطعة في مخالفة الحكم السابق، ومتي احتوي الحكم بندب خبير في أسبابه علي القضاء بصفة قطعية في شق من الخصومة فإنه لايجوز اعادة النظر في هذا القضاء لدي ذات المحكمة. (نقض ١٩٧٩/١/٢٤ س ٣٠ ع ١ ص ٣٣٨)

الدعوي بطلب الزيادة في أجرة الحكر أي بتصقيع الحكر تعتبر متفرعة عن أصل حق المحكر لأنه يطلب بها تعديلا في حقه كمحكر ليزيد المقابل لهذا الحق وهو دائماً اجر المثل فهي دعوي تتطلب بحث ماهية الاستحكار وأثر تغيير صقع الأرض المحكرة علي قيمة الحكر المقدر وكذلك فعل المستحكر في تحسين الصقع وكل هذا في صميم عقد الحكر ومرتبط بأصله. ولقد راعي المشرع ذلك في تقنين المرافعات بما نص عليه في المادة ٣٤ من أن يكون تقدير هذه الدعوى باعتبار قيمة الزيادة المطلوبة في سنة مضروبة في عشرين وليس باعتبار مجموع الأجرة المطلوبة فحسب والتعبير في هذه المادة بعبارة

(د) التزام المحتكر بأعمار الأرض :

علي المحتكر أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لجعل الأرض صالحة للاســتغلال، مــراعياً في ذلك الشروط المتفق عليها، وطبيعة الأرض والغرض الذي أعدت له، وما يقضي به عرف الجهة[1].

إن الالتزام الأساسي الذي يقع علي عاتق المحتكر يتمثل في القيام بكــل الوسائل الضرورية لإصلاح الأرض وإعمارها، وهو يتقيد بذلك بمــا يفرضــه عقد الحكر من شروط، وإلا فيتعين عليه مراعاة طبيعة الأرض والغــرض مــنها وعرف الجهة، كما لو كانت أرض زراعية تحتاج إلى تسوية ومخصبات وشق مراوي ومصارف .

ويتــرتب علي إخلال المحتكر بهذا الالتزام توقيع الجزاءات التي تفرضها القواعد العامة، فيجوز للمحكر ان يطلب التنفيذ العيني أو الفسخ مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى .

(هـ) إنهاء الحكر :

ينتهي حق الحكر بعدة أسباب هي :

الزيادة في قيمة الحكر لا يمكن ان ينصرف الي بدل الحكر لأن قيمة هذا البدل - وهو الذي يتنازل في مقابلة المحتكر عن حق الرقبة للمحتكر هذه القيمة متي تم الاتفاق عليها لا ترد عليها بعد ذلك أية زيادة بحجة تصقيع الحكر لأنه بأيلولة حق الرقبة إلى المحتكر بمقتضى هذا التنازل تصبح الأرض مملوكة له ملكية تامة وينتهي حق الحكر باتحاد الذمة في شخصه - وعلي ذلك يكون حقيقة المقصود بدعوى زيادة قيمة الحكر إلى قيمة معينة المشار إليها في المادة ٣٤ سالفة الذكر إنما هو الدعوى بتصقيع الحكر التي تحدد فيها الزيادة المطلوبة بمبلغ معين. (نقض ١٩٦٤/١/٢ س ١٥ ص ٢٣)

(١) م ١٠٠٧ مدني.

Boccara, Le bail emphytéotique, R.E.D.I. 1964, P. 452.

١ – ينتهي حق الحكر بحلول الأجل المتفق عليه. فإذا كانت المدة معيـــنة فإنـــه ينقضي بانقضاء تلك المدة . وإذا لم تعين له مدة أو كانت المدة أطول من ستين سنة، فإن الحكر ينتهي حتماً بانقضاء ستين سنة.

٢ – ينتهي حق الحكر، قبل حلول أجله، إذا مات المحتكر قبل أن يبني أو يغرس، إلا إذا طلب جميع الورثة بقاء الحكر، هنا يحلون محل مورثهم في الالتزام بالبناء أو الغراس، ولكن يشترط إجماع الورثة علي هذا الطلب.

٣ – هلاك العين هلاكاً كلياً، مادياً أو قانونياً، كنزع العين للمنفعة العامة.

وتقـــرر محكمة النقض بأن نزع ملكية الأرض المحكرة هي وما علـــيها مـــن بناء للمنفعة العامة يترتب عليه حتماً أن يفسخ عقد الحكر ويســـقط ما كان للمحتكر من حق البقاء والقرار، ولا يكون له إلا ثمن بنائه، أما الوقف فيكون له كل ثمن الأرض[1].

---

(١) نقض ١٨/١/١٩٧٧ س ٢٨ ص ٣٥٥

– إذا هلكت العين المؤجرة هلاكا كليا ينفسخ عقد الإيجار حتماً ولاشك أن نزع الملكية نوع من الهلاك التام ومادام أن عقد الاحتكار لا يخرج عن كونه نظير عقد إيجار فان نزع ملكية الأرض المحكرة وما عليها من بناء يترتب عليه حتماً فسخ عقد الاحتكار ويسقط بذلك ما كان للمحتكر من حق البقاء والقرار ولا يكون له في هذه الحالة إلا ثمن بنائه وأما الوقف فله ثمن الأرض. فان هذا الذي أقيم عليه الحكم لا مخالفة فيه للقانون علي ما جري به قضاء هذه المحكمة ولا محل لقياس حالة نزع الملكية للمنفعة العامة علي حالة الاستبدال لأنه يراعي عند تقدير ثمن الأرض في الحالة الأخيرة ان الأرض مثقلة بما للمحتكر من حق البقاء والقرار عليها وهو عيب ينقص من قيمتها أما في حالة نزع

=

٤ - ينتهــي حــق الحكر أيضا قبل حلول الأجل، اذا زالت صفة الوقــف عــن الأرض المحكرة، إلا اذا كان زوال الصفة بسبب رجوع الواقــف عــن وقفه أو إنقاصه لمدته، ففي هذه الحالة يبقي الحكر إلي انتهاء مدته[1].

الملكية للمنفعة العامة فان حق البقاء يزول بفسخ عقد الإيجار. (نقض ١٢/٢٥/ ١٩٥٨ س ٩ ص ٨١٦)

- المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الاحتكار من وضع فقهاء الشريعة الإسلامية وهو عندهم عقد إيجار يعطي للمحتكر حق البقاء والقرار علي الأرض المحكورة مادام يدفع أجرة المثل ونصوا علي انه لو خرب بناء المحتكر أو جف شجرة ولم يبق لهما أثر في ارض الوقف ومضت مدة الاحتكار عادت الأرض إلى جهة الوقف ولم يكن للمحتكر ولا لورثته حق البقاء وإعادة البناء ونصوا أيضًا علي انه إذا لم يمكن الانتفاع بالعين المؤجرة ينفسخ العقد وتسقط الأجرة عن المحتكر عن المدة الباقية - لما كان ذلك - وكان يبين من الأعمال التحضيرية للقانون المدني الحالي أن النص في المادة ٩٩٩ منه علي توقيت الحكر وتحديد مدته إنما يسري علي الأحكار الجديدة التي تنشأ في ظل العمل به اعتبارا من ١٩٤٩/١٠/١٥ أما الأحكار السابقة علي هذا التاريخ فلم ينص علي كيفية انتهائها وتركها إلى أن يصدر في شأنها تشريع خاص بعد أن تعارضت مصالح وحقوق المحكرين والمحتكرين تعارضاً استعصي علي التوفيق وبذلك تبقي هذه الأحكار خاضعة لقواعد الشريعة الإسلامية التي كانت تحكمها وقت إنشائها. (الطعن ٦٤٥ لسنة ٥٤ ق، جلسة ٢٥ / ١٩٨٨)

(١) م ١٠٠٨ مدني، جمال ذكي ، ص ٦٣٠.

- إذ تنص المادة ١٠٠٨ من القانون المدني في فقرتها الثالثة علي انتهاء حق الحكر إذا زالت صفة الوقف عن الأرض المحكرة إلا إذا كان زوال هذه الصفة =

ويتـــرتب علـــي زوال صفة الوقف عن الأرض المحكرة أنها لا تصبح محلاً صالحاً لحق الحكر. وقد ألغي المشرع فعلاً الوقف الأهلي وتـــرتب علي ذلك أنه يعتبر منتهياً بسبب زوال صفة الوقف كل حكر كان مرتباً علي أرض انتهي وقفها وفقاً لأحكام هذا القانون(1).

بسبب رجوع الواقف أو إنقاصه لمدته، وكانت المادة الثانية من المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بإلغاء نظام الوقف علي غير الخيرات تنص علي انه "يعتبر منتهيا كل وقف لا يكون مصرفه لجهة من جهات البر" فان مقتضى هذين النصين مرتبطين هو انتهاء الأحكار القائمة علي الأرض التي كانت موقوفة وقفاً أهليا بزوال صفة هذا الوقف . وهذا هو ما أكده الشارع بما نص عليه صراحة في المادة السابعة من المرسوم بقانون الآنف الذكر من أنه "يعتبر منتهيا بسبب زوال صفة الوقف، كل حكر كان مرتباً علي ارض انتهي وقفها لأحكام هذا القانون". (نقض ١٩٦٧/٣/١٤ س ١٨ ص ٦١٨)

(١) م ٧ من المرسوم رقم ١٨٠ / ١٩٥٢.

- وقد زالت صفة الوقف عن الأعيان الموقوفة وقفاً أهلياً بمقتضى المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢، وانحصرت الأحكار إما في الأراضي الغير موقوفة أصلاً أو الأراضي الموقوفة وقفاً خيرياً فإن لازم ذلك أن تنصرف عبارة" الأعيان الموقوفة " في القوانين رقم ٦٤٩ لسنة ١٩٥٣ و ٢٩٥ لسنة ١٩٥٤ و ٦٢ لسنة ١٩٦٠ التي تعاقب صدورها بعد المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بغية تنظيم إنهاء حق الحكر - ودون حاجة إلى تحديد - إلى تلك الأعيان التي بقيت لها صفة الوقف بعد صدور المرسوم بقانون ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ وهي الأعيان الموقوفة علي غير الخيرات فقط .
- إذا كان الطاعن طلب أخذ ارض النزاع بالشفعة مستنداً إلى المادة ٩٣٦ من القانون المدني وذلك باعتباره مستحكراً لتلك الأرض ومالكاً للبناء المقام عليها -

وبالإضـــافة إلي ذلك رخص المشرع لوزير الأوقاف حق إصدار قرار بإنهاء الأحكار الواردة علي الأوقاف الخيرية إذا اقتضت المصلحة هذا الإنهاء[1].

بموجب عقد الحكر المؤرخ أول يناير سنة ١٩٢٨. وكان الحكم الابتدائي الذي أيده الحكم المطعون فيه وأحال إلى أسبابه قد أقام قضاءه برفض طلبه تأسيساً علي ان ملكية المطعون ضدها الأولي لأرض النزاع قد أصبحت خالصة لها بموجب المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ الذي ألغي الوقف علي غير الخيرات بما استتبع إنهاء كل حكر كان مرتباً عليها، فان هذا الذي أقام عليه الحكم قضاءه يكون صحيحاً في القانون. (نقض ٣٨٩ لسنة ٣٣ ق جلسة ٣/١٤/ ١٩٦٧/ س ١٨ ص ٦١٨)

(١) النص في المادة الأولى من القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٦٠ علي أن ينتهي الحكر بقرار من وزير الأوقاف علي أن يتم إنهاء جميع الأحكار في مدة لا تجاوز خمس سنوات من تاريخ العمل بالقانون مفاده أن المشرع استلزم لإنهاء الحكر من جانب المطعون ضدها الثانية صدور قرار بذلك من وزير الأوقاف واتباعاً للإجراءات المنصوص عليها في ذلك القانون فلا تثريب علي الحكم المطعون فيه إذا هو رتب علي عدم اتخاذ الإجراءات المشار إليها بقاء حق الحكر قائماً.

- النص في المادة الأولى من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢ علي أن " يعتبر حق الحكر منتهياً دون تعويض في الأعيان الموقوفة الخالية من أي بناء أو غراس عند العمل بهذا القانون وتعتبر الأرض ملكاً خالصاً لجهة الوقف ولا يعتد بأي بناء أو غراس يقام في الأرض الفضاء المحكرة بعد العمل بهذا القانون، والنص في المادة الثانية من ذات القانون علي أنه " ينتهي حق الحكر علي الأعيان الموقوفة المشغولة ببناء أو غراس بقرار يصدره وزير الأوقاف ...يدل علي أن حق الحكر ينتهي بقوة القانون منوط بأن تكون أعيان الوقف =

المحكرة خالية وقت بدء سريان القانون سالف الذكر دون النظر إلى من شغلها سواء بالبناء أو الغراس ومن مقتضى ذلك أنه يتعين لانتهاء الحكر بقوة القانون أن يثبت أن الأرض الموقوفة المحكرة كانت خالية من أي بناء أو غراس عند بدء العمل بالقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢ في يوم ١٩٨٢/٦/٢٥.(نقض١٩٨٣/١١/١٣س٣٤ص ١٥٨٩)

- الاختصاص بنظر الطعون التي ترفع عن القرارات الإدارية النهائية سواء صدرت من الإدارة أو من الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي ينعقد - وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة - لمجلس الدولة بهيئة قضاء إداري دون غيره عدا ما يري المشرع بنص خاص إعطاء القضاء العادي ولاية نظره، وإذ تنص المادة الثانية من القانون رقم ٢٧٢ لسنة ١٩٥٩ بتنظيم وزارة الأوقاف علي أن تشكل بوزارة الأوقاف لجنة شئون الأوقاف من وزير - الأوقاف رئيساً... وتنص المادة الثالثة علي ان تختص لجنة شئون الأوقاف وحدها بالمسائل الآتية أولا... ثانياً إنهاء الاحتكار ثالثا ... وتبين اللائحة التنفيذية التي تتبع في هذه المسائل وخصوصاً فيما يتعلق بتقديم الطلبات وبحثها وتقدير الأعيان وإجراءات النشر والمزاد ... مما مفاده أن القانون المذكور ناط باللجنة المنصوص عليها في المادة الثانية منه ولاية الفصل في الطعون التي يرفعها ذوو الشأن عن الإجراءات التي تتبع لإنهاء الأحكار، وان قرار هذه اللجنة هو قرار إداري نهائي صادر من لجنة ذات اختصاص قضائي، وإذ لم يرد في القانون نص خاص يخول القضاء العادي ولاية الفصل في الطعون التي ترفع عن قرارات اللجنة المذكورة فيكون الاختصاص بالفصل فيها منعقداً لمجلس الدولة بهيئة قضاء إداري. (نقض ١٩٨٦/١/٢٣ طعن ٢٤٧٩ س ٥٢ ق)

٤ – ينتهـــي حـــق الحكر بعدم استعماله خمس عشرة سنة، إلا إذا كان حق الحكر موقوفاً فينتهي بعدم استعماله مدة ثلاث وثلاثين سنة[١].

الأصـــل أن حـــق الحكر يرد علي الأرض الموقوفة، ولكن الحق نفسه يكون غير موقوف، هنا يسقط بعدم الاستعمال خمس عشرة سنة.

وقد يتصرف المحتكر في حقه بأن يقفه وقفاً خيرياً، هنا يكون حق الحكـــر في ذاته موقوفاً علي أرض موقوفة، في هذه الحالة يسقط حق المحتكر بعدم استعماله مدة ثلاثة وثلاثين سنة.

٥ – ينتهي حق الحكر، أخيراً باتحاد الذمة. وذلك إذا تملك المحكر حـــق الحكـــر، أو تملـــك المحتكر حق الرقبة. ويحدث ذلك إذا اشتري أحـــدهما مـــن الآخـــر حقـــه أو ورثة منه أو أخذه بالشفعة، هنا يصبح للأرض ملكية تامة، وينتهي حق الحكر.

(و) مصير البناء أو الغراس عند انتهاء حق الحكر :

عـــند فسخ العقد أو انتهائه يكون للمحكر أن يطلب إما إزالة البناء والغـــراس أو اســـتبقاءهما مقابل دفع أقل قيمتيهما مستحقي الإزالة أو البقاء، وهذا كله ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره.

وللمحكمـــة أن تمهـــل المحكـــر في الدفع إذا كانت هناك ظروف اســـتثنائية تبـــرر الإمهال . وفي هذه الحالة يقدم المحكر كفالة لضمان الوفاء بما يستحق في ذمته[٢].

---

(١) م ١٠١١ مدني.

(٢) م ١٠١٠ مدني.

لما كانت الفقرة الأولي من المادة ١٠١٠ من القانون المدني التي تواجه تسوية حساب البناء أو الغراس عند انتهاء الحكر تجعل للمحكر الخيار بين أن يطلب أما إزالة البناء أو الغراس أو استبقاءهما مقابل دفع أقل قيمتيهما مستحقي الإزالة أو البقاء، وكان الثابت من الأوراق أن المطعون ضدها الولي قد طلبت

يواجه النص مصير البناء أو الغراس عند نهاية الحكر . لاشك ان المـــرجع في ذلك هو تطبيق الاتفاق أو الشروط المقررة لذلك في عقد الحكر . وإذا لم يوجد اتفاق كان للمحكر الخيار بين أحد أمرين:

الأول : أن يطلب إزالة البناء أو الغراس، ويسترد الأرض خالية.

الثاني: أن يطلب استبقاء البناء أو الغراس مقابل دفع أقل القيمتين:

١ - قـــيمة البـــناء أو الغـــراس مستحق البقاء، أو قيمته مستحق الإزالة. ولاشك أن القيمة الأخيرة هي الأقل .

٢ - وإذا اختار المحكر دفع قيمة البناء أو الغراس، جاز للمحكمة، إذا وجدت ظروف استثنائية، أن تمنحه أجلاً للدفع، أو تجعل الدفع علي أقســاط، بشرط أن يقدم للمحتكر كفالة أو رهناً لضمان الوفاء بما يلتزم بدفعه.

(ز) حيازة المحتكر وقتية لا تكسبه الملك :

- مـــن المقـــرر في قضاء النقض أن للمحتكر إقامة ما يشاء من المبانـــي علـــي الأرض المحكرة وله حق القرار ببنائه حتى ينتهي حق الحكـــر، وله حق ملكية ما أحدثه من بناء ملكاً تاماً ينصرف فيه وحده وينـــتقل عـــنه هـــذا الحـــق إلى ورثته ولكنه في كل هذا تكون حيازته للأرض المحكرة حيازة عرضية لا تكسبه الملك[1].

- استعمالا لحقها في الخيار - إزالة البناء وقضي لها بهذا الطلب فان الحكم اذ لم يستجب لطلب ندب خبير لتقدير قيمة البناء تأسيساً علي ان المطعون ضدها الأولي قد اختارت طلب الإزالة لا يكون قد خالف القانون. (نقض ١٤/٣/١٩٦٧ س ١٨ ص ٦١٨)

(١) نقض ١٩٨٤/٦/٢٠ س ٣٥ ص ١٧٠٠.

إذا كانت علاقة الحكر التي استخلصها الحكم من أقوال شاهد المطعون ضدها واستدل بها علي أن وضع يد مورث الطاعنين الأولي والثانية قد تجرد من نية

-

- مـــن المقرر في قضاء هذه المحكمة ان وضع اليد علي أرض الوقـــف بســـبب التحكير وضع يد مؤقت مانع من كسب الملكية بالتقادم مهمـــا طالت مدته ولا يستطيع المستحكر هو وورثته من بعده أن يغير بنفســـه لنفسه سبب حيازته ولا الأصل الذي تقوم عليه هذه الحيازة ولا

التملك نشأت قبل العمل بالقانون المدني ومن ثم يجوز إثباتها بكافة طرق الاثبات، فالحكر لم يكن من المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف، التي تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية، كما أن المقصود بمسائل الوقف في هذا الخصوص هو ما تعلق بإنشاء الوقف أو بصحته او بالاستحقاق فيه أو بتفسير شروطه، أو بالولاية عليه أو بحصوله في مرض الموت، لما كان ذلك، وكان مدار البحث في الحكم المطعون فيه مجرد استظهار نية مورثي الطاعنتين عند بداية الحيازة لتبين قيام سبب آخر لها يمنع من قيام نية التملك، فلا تثريب علي المحكمة إن هي استدلت علي قيام رابطة تحكير تحول دون قيام هذه النية حتى ولو لم يستوف عقد الحكر شروطه الشكلية أو الموضوعية أو شروط صحته ونفاذه . (نقض ١٩٧٦/٦/٩ س ٢٧ ص ١٣٠٧)

وتظل هذه الحيازة علي حالها غير متغيرة، ولا يجوز للمحتكر في حالة عدم تمسكه بتغيير صفة وضع يده الحاصل ابتداء بسبب التحكير ان يتحدي بانتهاء عقد الحكر أو بانفساخه مهما طال انتفاعه بالغين المحتكرة بغير ان يدفع اجرتها، ذلك ان تغيير سبب الحيازة لا يكون - وعلي ما تقضي به المادة ٩٧٢ /٢ من القانون المدني - إلا بوسيلتين، أن يتلقي ذو اليد الوقتية ملك العين من شخص من الأغيار يعتقد هو أنه المالك لها، او أن يجابه ذو اليد الوقتية مالك العين مجابهة صريحة بصفة فعلية قضائية أو غير قضائية تدل علي انه مزمع إنكار الملكية علي المالك والاستئثار بها دونه. (الطعن رقم ٢٠٥٠ س ٥٥ ق جلسة ١٩٨٦/٣/٥)

يجوز له أن يكسب الملكية بالتقادم إلا إذا تغيرت صفة حيازته إما بفعل الغير أو بفعل منه يعتبر معارضة لحق المالك، وفي هذه الحالة الأخيرة يجـــب أن يقتـــرن تغييـــر نيته بفعل إيجابي ظاهر يجابه به حق المالك بالإنكـــار الساطع والمعارضة الفعلية ويدل دلالة جازمة علي أنه مزمع إنكار الملكية علي صاحبها والاستئثار بها دونه[1].

- أن عقـــد الحكـــر لـــيس مـــن شأنه أن ينقل إلى المحتكر ملكية الأرض المحكـــرة أو حصـــة فيها، وإنما يعطيه حق القرار عليها مادام يدفع أجرة المثل، فإذا كان هذا الحق موقوفاً وقفاً أهلياً وأصبح ما انتهي فـــيه الوقف ملكاً طبقاً للمادة الثالثة من القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بإلغاء نظام الوقف علي غير الخيرات، فانه لا يؤول إلى المستحقين في هـــذا الوقـــف إلا حق الحكر ذاته ولا يكونون شركاء في ملكية الأرض المحكرة ولا لهم حق التصرف فيها[2].

(ح) بعض أنواع الحكر :

أولا : حـــق الإجارتـــين : ويسمي بعقد الإجارتين، وهو أن يحكر الوقـــف أرضاً عليها بناء في حاجة إلي الإصلاح مقابل مبلغ منجز من المـــال مســـاو لقـــيمة هذا البناء، وأجرة سنوية للأرض مساوية لأجرة المثل. وتسري عليه أحكام الحكر[3].

حـــق الإجارتين حق عيني كحق الحكر يرد علي أرض موقوفة، والوقـــف هو الذي يمنح هذا الحق أي أن المحكر هو الوقف . ويختلف عن حق الحكر في ثلاثة نقاط :

---

(١) الطعن ٣٥٦٢، ٣٥٥١ لسنة ٥٦ ق – جلسة ١٩٩١/٣/٢١.

(٢) نقض ١٩٨٤/٥/٢٤ س ٣٥ ص ١٤١٠.

(٣) م ١٠١٣ مدني.

١ - يـرد الحكر العادي علي أرض بناء أو أرض زراعية، بينما يـرد حـق الإجارتين علي بناء قائم علي أرض موقوفة في حاجة إلي إصلاح.

٢ - يهـدف الحكـر العـادي إلـى تعمير الأرض بالبناء عليها والغـراس فيها، بينما يهدف حق الاجارتين إلي إصلاح بناء في حاجة إلي إصلاح .

٣ - يلتـزم صاحب الحكر العادي بدفع أجرة المثل، أما صاحب حق الاجارتين فيدفع مقابلين هما : ثمن البناء بالإضافة إلي أجرة سنوية للأرض هي أجرة المثل .

ثانيا : خلو الانتفاع : هو عقد يؤجر به الوقف عيناً ولو بغير إذن القاضي مقابل أجرة ثابتة لزمن غير معين.

ويلتـزم المسـتأجر بمقتضـى هذا العقد أن يجعل العين صالحة للاسـتغلال، ويحـق للوقف أن يفسخ العقد في أي وقت بعد التنبيه في المـيعاد القانونـي طـبقاً للقواعد الخاصة بعقد الإجارة علي شرط أن يعوض الوقف المستأجر عن النفقات طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب .

وتسري علي هذا العقد الأحكام الخاصة بإيجار العقارات الموقوفة دون إخلال بالأحكام المذكورة[1].

---

(١) م ١٠١٤ مدنى، محمد كامل مرسي، ص ٤٩٤.

المبحث الخامس

حق الارتفاق

تقتضي دراسة حق الارتفاق Servitude أن نعرض لتعريفه مع بيان خصائصه وصوره، ثم لمصادره، وأحكامه، وأخيراً نتعرف علي انقضائه.

المطلب الأول

تعريف الارتفاق وخصائصه وصوره

(أ) تعريف حق الارتفاق وتمييزه عن القيود القانونية:

الارتفاق حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر. ويختلف حق الارتفاق عن القيود القانونية، حيث ينبغي علي المالك أن يراعي في استعمال حقوقه ما تقضي به القوانين والمراسيم واللوائح والقرارات المتعلقة بالمصلحة العامة أو المصلحة الخاصة(١).

---

(١) م ١٠١٥، ٨٠٦ مدني.

مثال ذلك : تحديد سعر جبري لسلعة معينة وفرض قيود علي حرية مشتري هذه السلعة في التصرف فيها بقصد تحقيق العدالة في التوزيع علي المستهلكين ومنع المضاربة فيها لا ينفي ملكية مشتري السلعة لها .

تقييد حق الملكية بقيود اتفاقية أو قانونية تنظمها تشريعات خاصة مراعاة للمصلحة العامة، أمر جائز لا يؤثر علي بقاء حق الملكية وقيامه مؤدي ذلك – وعلي ما جري به قضاء محكمة النقض – هو تكييف العلاقة بين وزارة التموين وأصحاب مطاحن الحبوب علي أساس أن يعتبر العقد الذي يربطهما عقد بيع ناقل لملكية الحبوب لأصحاب المطاحن الذين يقومون بطحنها لحسابهم وبيعها دقيقاً بالسعر الجبري . فإذا انتهت عمليتهم بربح أو خسارة فانهم يتحملون نتيجتها. (نقض رقم ٥٦ ١٩٦٩/٢/٤ س ٢٠ ص ٢٤٧).

١ - فالقـــيود القانونية تعتبر حدوداً عامة لكل ملكية في ظروف معيـــنة، وهـــي ترســـم الحدود الأصلية والطبيعية لحق الملكية، وتمثل الوضـــع العـــادي للملكية، وتجد مصدرها في القانون بجميع مصادره كالتشـــريع واللـــوائح ومبادئ الشريعة الإسلامية والعرف. فالقانون هو الـــذي يحدد القيود القانونية ويوردها علي سبيل الحصر[1]، وهي إما أن تـــتعلق بالمصـــلحة العامـــة كتلك المتعلقة بنزع الملكية للمنفعة العامة، وقوانـــين الآثار، والقوانين المتعلقة بالمحلات المقلقة للراحة والمضرة بالصـــحة العامـــة وقوانـــين التنظـــيم العمراني والبناء. وإما أن تتعلق بالمصلحة الخاصة أي لصالح الأفراد، إلا أن المصلحة العامة هي التي

قصر المشرع تملك الصيدليات علي الصيادلة المرخصين وحظر ذلك علي من عداهم وذلك تنظيماً لتداول الدواء لارتباطه الوثيق بصحة الجمهور وحياة المرضي، كما حظر النص أن يكون الصيدلي المالك موظفاً أو مالكاً لأكثر من صيدليتين، وذلك حتى يكون إشرافه الفني حقيقياً تحقيقاً للمصلحة العامة التي استهدفها المشرع بهذا التنظيم محافظة علي صحة الجمهور بما تكون معه هذه القواعد متعلقة بالنظام العام، وقد أكد المشرع هذا المعني بالنص علي عقوبة جنائية علي مخالفة أحكامه - لما كان ذلك - وكان يشترط لصحة عقد البيع أن يكون التعامل غير محظور لأمر يتصل بالنظام العام أو الآداب وكان مؤدي ما تقدم أن عقد بيع الصيدلية - وهو عقد ناقل للملكية بطبيعته إلى غير صيدلي باطلاً بطلاناً مطلقاً لمخالفته للنظام العام، كما أن بيع الصيدلية إلى صيدلي موظف أو صيدلي يملك صيدليتين أخريين يعتبر كذلك باطلاً بطلاناً مطلقاً لمخالفته للنظام العام. (نقض ٢٤/٤/٨٠ س ٣١ ص ١٩٩٢).

(١) مثال ذلك القوانين التي تضع حداً أقصي لتملك الأرض الزراعية، وحظر تملك الأجانب لها. انظر مؤلفنا في القانون الزراعي، الإسكندرية، ١٩٩٧.

تمليها لأن تلك القيود تنعكس عليها بطريقة غير مباشرة، وأهمها القيود المقررة لصالح الجيران من مرور وري وصرف.

٢ – أما الارتفاقات: فهي قيود استثنائية تتقرر بالاتفاق بين الأفراد علي عقار لمصلحة عقار آخر، وهي تمثل وضعاً خاصاً بملكية معينة، لـــذا فهي غير محددة حيث تتقرر بفعل الأفراد لمعالجة مصالح خاصة بعقار معين .

ويتـــرتب علي تلك التفرقة أن القيود القانونية تمثل الوضع العادي والمألـــوف للملكية، لذا يمكن الاحتجاج بها علي الجميع دون حاجة إلى شـــهر إذ يفتـــرض العلم بها من قبيل الجميع، وتظل قائمة طالما بقيت الظـــروف المرتبطة بها، ولا تسقط بعدم الاستعمال المدة الطويلة، ولا مجـــال لأن يضمن البائع خلو العقار منها. لأنها تمثل التنظيم الطبيعي والمألوف لحق الملكية. وكل ذلك بعكس الحال في حقوق الارتفاق حيث تمثل وضعاً استثنائياً خاصاً بملكية معينة، يقررها الأفراد فيما بينهم، لذا يلزم شهرها حتى يعلم بها كل صاحب مصلحة، ويمكن أن يضمن البائع خلـــو العقـــار منها يمكن تعريف الارتفاق إذن بأنه حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر أو هو انتفاع يقرر علي عقار لمصلحة عقار آخر. وبلغة أخري هو تكليف أو عبء يفرض علي عقار لمنفعة عقار مملوك لشخص آخر.

ويجدر الإشارة، في هذا المقام، إلى ما يسمي بالارتفاقات الإدارية، وهـــي طـــبقاً لتعبير محكمة النقض الارتفاقات المقررة لخدمة مال عام وتعتبـــر أموالاً عامة لتعلقها بالمال العام الذي تخدمه فيكون لها لذلك ما للأمـــوال العامـــة مـــن خصـــائص وحصانة وتبقي ما بقي المال العام المخدوم مخصصاً للمنفعة العامة، ولا تنقضي إلا بانتهاء تخصيصه لهذه

المـنفعة أو بتخصيصه لجهة نفع أخري غير تلك التي من أجلها تقرر الارتفاق[1].

(ب) عناصر الارتفاق :

يتضـح مـن التعـريف السابق أن حق الارتفاق يتكون من عدة عناصر:

١ - عقـار مـرتفق، وهـو العقـار الذي يتقرر حق الارتفاق لمصلحته ويسمي بالعقار المخدوم نظراً لأن الارتفاق يمثل ميزة أو فائدة له. وتتقرر هذه الفائدة للعقار لا لشخص مالكه، لذا فهي ترتبط به وتزيد من قيمته وتنتقل معه أيا كان المالك لهذا العقار .

٢ - عقـار مـرتفق بـه، وهو العقار الذي يتحمل بعبْ الارتفاق ويسـمي بالعقـار الخادم، وينتقل حق الارتفاق مع العقار إلي أي مالك جديد لأنه مقرر علي العقار وليس علي شخص المالك، إلا أنه يحد من سلطات المالك علي العقار بمنعه من القيام بأعمال معينة كعدم البناء إلا بعد مسافة معينة أو كعدم الارتفاع بالبناء إلا لعلو معين، فالارتفاق يضع قـيوداً سـلبية علي المالك في استعماله للعقار ولا يفرض عليه التزاما إيجابياً يتمثل في القيام بعمل معين[2]

٣ - ويجـب أن يكـون العقار المرتفق مملوكاً لشخص آخر غير الشخص الذي يملك العقار المرتفق به، إذ لا يمكن أن يوجد ارتفاق بين عقـارين مملوكـين لنفس الشخص . فإذا خصص المالك عقاراً لخدمة عقـار آخـر، فـإن ذلك لا يكون ارتفاقاً بل استعمال لحق الملكية لأن العقـارين مملوكان لنفس الشخص . أما إذا انتقلت ملكية أحد العقارين إلي شخص آخر، فهنا يقوم حق ارتفاق لاختلاف المالك .

---

(١) نقض ١٩٦٩/٣/٢٧ س ٢٠ ص ٤٩٥.

(2) Pardessus, Traité des servitudes, n. 143.

٤ – تقريـــر منفعة للعقار المرتفق (المخدوم) علي العقار المرتفق به. هذه المنفعة أو الخدمة تحد من منفعة العقار الخادم وتزيد من منفعة العقار المخدوم، وتتنوع بحسب حاجته، وطبقاً للشروط المتفق عليها في ســند إنشاء الارتفاق، مثال ذلك حق الارتفاق بالرؤية حيث يلتزم مالك الأرض بتـــرك مسافة معينة بينه وبين جاره عندما يبني في أرضه، أو عدم تجاوز حد معين في الارتفاع بالبناء .

(ج) خصائص حق الارتفاق :

يتميــز حق الارتفاق بأنه حق عيني عقاري، تابع، دائم، غير قابل للتجزئة .

١ – حق عيني عقاري: الارتفاق حق عيني أصلي يخول صاحبه سلطة مباشرة علي العقار، يستطيع أن يباشرها دون وساطة أحد، ودون حاجـــة إلي تدخل مالك العقار الخادم . ويلتزم هذا المالك بالامتناع عن إعاقـــة استعمال حق الارتفاق. ويترتب علي الطابع العيني للارتفاق أنه يمكـــن الاحتجاج به علي الكافة، وخاصة في مواجهة من يكتسب ملكية العقار الخادم ودائنيه. ويتمتع صاحب حق الارتفاق بحق الأفضلية وحق تتبع العقار الخادم في أي يد تكون .

ويتقـــرر حـــق الارتفاق علي العقارات فقط، سواء كانت مبنية أو غير مبنية، فالارتفاق ينحصر نطاقه في الأراضي الفضاء والأبنية، فهي وحـــدها التي يتقرر عليها أو لها حق الارتفاق . لا يرد الارتفاق علي المنقول أو العقار بالتخصيص .

ويترتب علي الطابع العقاري للارتفاق ضرورة مراعاة شهره أي اتـــباع إجـــراءات التســـجيل المقررة في هذا الشأن، سواء تعلق الأمر بإنشائه أو بنقله أو بتعديله .

ويمكن أن يرد الارتفاق علي العقارات الخاصة أي المملوكة ملكية خاصـــة أو العقـــارات العامة أي المملوكة ملكية عامة (الأموال العامة) بشـــرط ألا يـــتعارض ذلك مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال، وذلك كالطرق العامة فهي تصلح للمرور .

٢ – حق تابع : الارتفاق حق تابع للعقار المرتفق (المخدوم) ولا ينفصــل عنه، فإذا تم التصرف في هذا العقار فإن التصرف يرد عليه وعلــي ملحقاتــه بمــا فــي ذلك حق الارتفاق الذي يعد من الملحقات الايجابية للعقار، وذلك أيا كان نوع التصرف كالبيع أو الرهن أو تقرير حق انتفاع .ونفس الحكم بالنسبة للعقار المرتفق به (الخادم)، فالارتفاق يعــد من الملحقات السلبية للعقار التي يتحملها وينتقل معه من مالك إلي آخر .

٣ – حــق دائم قابل للتأقيت : الأصل أن الارتفاق حق دائم بدوام حــق الملكــية، فهــو ملحقاً بها كميزة لها أو عبْ عليها، وذلك بخلاف الحقــوق العينــية الأخــري المتفرعة عن حق الملكية، كحق الانتفاع والاستعمال والسكني التي تتسم بالتوقيت . إلا أن الدوام ليس من جوهر حــق الارتفــاق كما هو بالنسبة لحق الملكية، فالارتفاق يقبل التأقيت، ويجوز توقيته بمدة محددة، ويمكن للأطراف الاتفاق علي انهائه[١].

٤ – حــق غيــر قابل للتجزئة : ويقصد بعدم قابلية حق الارتفاق للتجزئة إنه إذا جزء العقار المخدوم، فإن الارتفاق يظل مقررا لكل جزء مــنه، وإذا جزء العقار الخادم، فإن الارتفاق يظل واقعاً علي كل جزء منه. أي أن الارتفاق يتقرر لفائدة كل العقار المرتفق، وعلي كل العقار المرتفق به. ونعرض لذلك فيما يلي :

(د) عدم قابلية حق الارتفاق للتجزئة :

– "إذا جزيء العقار المرتفق بقي الارتفاق لكل جزء منه، علي ألا يــزيد ذلــك في العبء الواقع علي العقار المرتفق به .غير أنه إذا كان حق الارتفاق لا يفيد في الواقع إلا جزءاً من هذه الأجزاء، فلمالك العقار المرتفق به أن يطلب زوال هذا الحق عن الأجزاء الأخرى.

– "إذا جزيء العقار المرتفق به بقي حق الارتفاق واقعاً علي كل جــزء مــنه. غير أنه إذا كان حق الارتفاق لا يستعمل في الواقع علي

---

(١) جمال ذكي، ص ٦٤٠.

بعــض هذه الأجزاء ولا يمكن أن يستعمل عليها، فلمالك كل جزء منها أن يطلب زوال هذا الحق عن الجزء الذي يملكه" [1].

يتضح من ذلك أنه ينبغي التفرقة بين تجزئة العقار الخادم، وتجزئة العقار المخدوم .

أولا : إذا تمــت تجزئة العقار المرتفق به (الخادم)، فإنه يجب أن نفرق بين حالتين :

١ – إذا كان الارتفاق علي العقار كله وفي كل جزء منه بقي علي حالــه في الأجزاء كلها التي قسم إليها . مثال ذلك الارتفاق بعدم التعلية الذي يمنع الجار المالك من البناء علي أرضه فوق ارتفاع أو حد معين. فــإذا تــم تقســيم هذه الأرض بين عدة ملاك، فإن الارتفاق يظل واقعاً عليهم جميعاً في أراضيهم، ويمتنع علي كل منهم تجاوز الحد المسموح في العلو .

٢ – أمــا إذا كــان الارتفاق واقعاً علي جزء معين وانحصر هذا الجزء في قسم من الأقسام التي جزء إليها العقار، فانه يبقي في موضعه المخصــص لــه وينتهــي بالنسبة للأجزاء الأخرى التي لا يقع عليها اســتعماله . مثال ذلك أن يكون الارتفاق بالمرور علي أرض مخصص عليها طريق في الجانب الشرقي منها، وقسمت الأرض الي جزئين جزء شرقي يقع الطريق فيه وجزء غربي ليس فيه الطريق، فإن المرور يبقي علــي الجزء الشرقي الذي فيه الطريق، وينتهي بالنسبة للجزء الغربي الذي ليس فيه الطريق .

ومؤدي عدم تجزئة حق الارتفاق أنه في حالة وجود عقار مملوك علــي الشيوع لعدة ملاك، فلا يجوز ترتيب ارتفاق أو انهاؤه علي جزء من العقار أو لصالحه إلا باتفاق جميع الشركاء .

---

(١) م ١٠٢٤، ١٠٢٥ مدني.

وإذا جزء العقار المرتفق به بقي حق الارتفاق واقعاً علي كل جزء مـــنه، غير أنه إذا كان حق الارتفاق لا يستعمل في الواقع علي بعض هــذه الأجـــزاء، ولا يمكن أن يستعمل عليها، فلمالك كل جزء منها أن يطلب زوال هذا الحق علي الجزء الذي يملكه .

ثانـــيا : إذا تمت تجزئة العقار المرتفق (المخدوم)، فإننا يجب ان نفرق بين حالتين كذلك :

١ - إذا كان الارتفاق مخصصاً لكل جزء منه بقي علي حاله في عين ما كان استعمال الحق واقعاً عليه، أي أن الارتفاق يبقي لكل جزء مـــن العقـــار المخدوم في حالة تجزئته بشرط ألا يزيد ذلك في العبء الواقـــع علـــي العقـــار المرتفق به. فإذا كنا بصدد ارتفاق بالمرور وتم تجـــزئة العقـــار المرتفق، فإن حق المرور يظل ثابتاً لكل جزء، ولكن يكـــون لملاك هذه الأجزاء المرور عبر الممر الأصلي، وليس لكل ان يطلب ممراً مستقلاً له لأن في ذلك زيادة عبء الارتفاق.

٢ - أمـــا إذا أصبحت بعض الأجزاء في غير حاجة إلى الارتفاق بسبب التجزئة، فان الارتفاق ينتهي بالنسبة لها لزوال المنفعة المقصودة، أي أنـــه إذا كـــان حـــق الارتفـــاق لا يفيد في الواقع إلا جزء من هذه الأجـــزاء، فلمالـــك العقار المرتفق به أن يطلب زوال هذا الحق بالنسبة للأجزاء الأخرى.

(هـ) قيود البناء - الأعباء أو التكاليف المدنية :

أدي تضـــخم المدن واتساع مساحتها وكثافة سكانها وازدياد رقعة العمـــران فيها إلى ضرورة التدخل في كثير من الحالات لتنظيم النشاط العمرانـــي فـــيها ومـــنع الفوضي التي تطرأ علي عمليات البناء وسوء التخطيط الذي يتعارض مع مقتضيات الراحة والصحة والهدوء.

ويتمـــثل ذلـــك التنظـــيم في فرض القيود القانونية - من خلال التشـــريعات واللوائح - التي تفرض علي الملاك بصدد إقامة المنشآت

علي أراضيهم[1]. وتعتبر قيود البناء هذه حقوق ارتفاقات لفائدة العقارات المجاورة أو لفائدة المجموع في المدينة أو الحي . وتتعلق غالباً بارتفاع البناء، والمساحات الواجب تركها خارج البناء، وبالشكل الهندسي .

وقــد يكون مصدر هذه القيود اتفاق الأفراد حيث يتم تقسيم قطعة أرض بهــدف البــناء فيها إلي عدة أجزاء مع وضع اشتراطات للبناء ومواصفات يلتزم بها مالك كل قطعة، فهنا نوجد بصدد تكاليف عقارية اتفاقية تلتزم بها كل قطعة لفائدة المجموع تحقيقاً للغرض المنشود، وهو

---

(٢) انظر مؤلفنا فى المسئولية المعمارية، الإسكندرية، ١٩٩٥.

مؤدي ما نصت عليه المادتان الخامسة والسادسة من القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٧٤ بشأن منشآت قطاع الكهرباء انه بالنسبة للعقار الذي تمر فوقه أو بالقرب منه أسلاك الخطوط الكهربائية ذات الجهود الفائقة أو العالية أو المتوسطة – يحظر علي صاحبه دون مراعاة المسافات المنصوص عليها في المادة السادسة – أن يقيم مبان علي الجانبين إذا كان العقار أرضاً فضاء أو أن يرتفع بالمباني إذا كان العقار مبنياً، وفي حالة مخالفة هذا الحظر يتعين طبقاً للمادة الثالثة الحكم علي وجه الاستعجال بهدم المباني المخالفة وإزالتها علي نفقة المخالف.

- إذا رأت منطقة أو مديرية الكهرباء المختصة ان المباني أو العوائق القائمة التي تعترض منشآت قطاع الكهرباء، ينشأ عن وجودها في حدود المسافات المذكورة أو حركتها أو سقوطها أضرار بهذه المنشآت، فلها في غير الحالات التي يخشي معها وقوع ضرر يتعذر تداركه ان تطلب من ملاك هذه المباني أو العوائق أو أصحاب الحقوق عليها إزالتها علي أن يعوض صاحب الشأن عما أصابه من ضرر دون حاجة إلى نزع ملكية الأرض التي تقوم عليها المباني . (الطعن ٣٤ لسنة ٥١ ق جلسة ٨٥/٢/٢٧)

تشييد دور ذات نظام خاص تتوافر فيها أسباب الراحة والهدوء، ويتكون منها حي ممتاز يطيب المقام فيه[1].

وقـد تضمن القانون نصاً في هذا المجال يتفق مع المبادئ العامة التي يقوم عليها حق الارتفاق . ومؤدي هذا النص أنه إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار في البناء عليه كيف شاء، كأن يمنع من

---

(١) تعتبر قيود البناء الاتفاقية حقوق ارتفاق متبادلة مفرزة لفائدة جميع العقارات التي تقام في حي معين إذ يترتب عليها أن تصبح كل قطعة من الأرض مرتفقاً بها لمنفعة جميع القطع الأخرى التي في نفس الحي بحيث إذا خالفها بعض الملاك أصبح الآخرون في حل من الالتزام بها لانتفاء سبب هذا الالتزام أو الحكمة منه.

لا يجيز القانون الحكم بالتعويض طبقاً للفقرة الثانية من المادة ١٠١٨ من القانون المدني إلا في الأحوال التي يجوز فيها المطالبة بإصلاح الضرر الناتج عن مخالفة القيود المفروضة عيناً والتي تري فيها المحكمة أن في الحكم بالإصلاح عيناً إرهاقا لصاحب العقار المرتفق به – وإذ كان الحكم المطعون فيه قد انتهي إلى أنه لاحق للطاعنين في طلب الإصلاح عيناً لتنازلهما وغيرهما من أصحاب العقارات التي فرضت لمصلحتها تلك القيود عنها فإن رفض طلب التعويض لا يكون مخالفاً للقانون.

ليس في القانون ما يمنع التنازل عن قيود البناء الاتفاقية المقررة لمنفعة كافة العقارات في منطقة معينة ممن يملك التنازل عنها سواء كان هذا التنازل صريحاً أو ضمنياً إذ لم يشترط القانون لتحققه صورة معينة. فمتي استخلصت محكمة الموضوع هذا التنازل ولو كان ضمنياً – استخلاصاً سائغاً من وقائع تؤدي إليه فلا معقب علي حكمها في ذلك لتعلقه بأمر موضوعي. (نقض ١/٢٥ /٦٢ س ١٣ ص ٩٧).

تجـــاوز حـــد معين في الارتفاع بالبناء، أو في مساحة رقعته، فان هذه القـــيود تكـــون حقوق ارتفاق علي العقار لفائدة العقارات التي فرضت لمصلحتها هذه القيود، هذا ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغيره[1].

---

(١) تنص المادة ١٠١٨ من القانون المدني علي انه "إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار في البناء عليه كيف شاء كأن يمنع من تجاوز حد معين في الارتفاع بالبناء أو في مساحة رقعته فإن هذه القيود تكون حقوق ارتفاق علي هذا العقار لفائدة العقارات التي فرضت لمصلحتها هذه القيود" . وبهذا جعل المشرع لأصحاب العقارات المقررة لفائدتها حقوق الارتفاق التي من هذا النوع أن يطالبوا بها صاحب العقار المرتفق به دون حاجة للالتجاء إلي أحكام الاشتراط لمصلحة الغير أو لنظرية الاستخلاف. فإذا كان الثابت بعقد البيع المسجل الصادر من المالك الأصلي أنه قد نص فيه علي أن يترك المشتري علي نهاية الحد البحري للمبيع مساحة فضاء يتعهد بعدم البناء عليها كما تعهد البائع بأن يترك مساحة أخري ملاصقة لها بغير بناء لتكون المساحتان طريقاً خاصاً لهما ولأي مشتر آخر للأرض المبيعة أو لجزء من باقي العقار ملك البائع، فان هذا النص صريح في إنشاء حق ارتفاق علي هذه المساحة لمصلحة العقار المبيع ولمصلحة العقار الآخر المملوك للبائع ويكون لهذه العقارات جميعاً ارتفاق بالمرور علي الطريق محل النزاع كما يكون لكل مشتر لقطعة فيها ولمن يخلفه ومهما تعاقد هؤلاء الخلفاء أن يطالب أي مشتر آخر وخلفاءه بتنفيذ ذلك الارتفاق ومنع ما يحول دون الانتفاع به إذ أن كل قطعة تنتقل من مشتر إلي آخر محملة بحق الارتفاق لفائدة أية قطعة أخري وفي الوقت نفسه بما لها من هذا الحق بمعني أن كل عقار منها يعتبر مرتفقاً ومرتفقاً به في الوقت ذاته. (نقض ٦٨/٥/٩ س ١٩ ص ٩١٤).

وكل مخالفة لهذه القيود تجوز المطالبة بإصلاحها عيناً، ومع ذلك يجـوز الاقتصـار علي الحـكم بالتعويض إذا رأت المحكمة ما يبرر ذلك[1].

---

(1) م ١٠١٨ مدنى.

النص في المادة ١٠١٨ /١ من القانون المدني علي أنه "إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار في البناء عليه كيف شاء كأن يمنع من تجاوز حد معين في الارتفاع بالبناء أو في مساحة رقعته فإن هذه القيود تكون حقوق ارتفاق علي هذا العقار لفائدة العقارات التي فرضت لمصلحتها هذه القيود ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغير ذلك – وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة – علي أن قيود البناء الاتفاقية التي تدرج عادة في بيوع الأراضي المقسمة وتلزم المشتريين لهذه الأراضي بالبناء في مساحة محددة وعلي نمط معين أو بعدم تجاوز ارتفاع محدد أو غير ذلك تكون منشئة لحقوق ارتفاق متبادلة لفائدة جميع العقارات ولا يجوز باتفاق بين البائع وأحد المشترين دون موافقة الباقين الإعفاء منها كلها أو بعضها، إلا أنه إذا ما ألف أغلب ملاك الأراضي مخالفة تلك القيود ودرجوا علي ذلك اصبح صاحب العقار المرتفق به حل من الالتزام بها لانتفاء سبب الالتزام، لما كان ذلك وكان الطاعن قد تمسك أمام محكمة الاستئناف بأن أغلب أصحاب العمارات الواقعة بالتقسيم الكائن به أراضي النزاع قد خالفوا القيود الواردة بعقود البيع المبرمة فيما بينهم وبين الشركة المطعون عليها وكان الحكم المطعون فيه قد التفت عن هذا الدفاع ولم يعن ببحثه وتمحيصه ولم يرد عليه بما يفنده مع أنه دفاع جوهري يترتب علي تحقيقه – إن صح – تغيير وجه الرأي في الدعوى فانه يكون فضلاً عن إخلاله بحق الدفاع قد عاره قصور مبطل بما يوجب نقضه. (نقض ١٩٩١/٥/٢٦ طعن ٧٨ س ٥٩ق – طعن ١٧٧٥ س ٦٠ق، جلسة ١٩٩٥/٤/٢٦)

- مفاد نص المادة ١٠١٨ /١ و ٢ من القانون المدني أن القانون وقد اعتبر قيود البناء الاتفاقية حقوق ارتفاق جعل لمالكي العقارات المرتفقة أن يطالبوا بها مالك العقار المرتفق به وفي حالة مخالفته لتلك القيود فان الأصل أن يطالبوه بتنفيذها عينا عن طريق طلب الإصلاح العيني للمخالفة غير أن المشرع رأي أنه قد يترتب علي ذلك إرهاق صاحب العقار المرتفق به إذا طلب منه إزالة بناء ضخم أقامه مخالفا لما فرض عليه من القيود فأجاز في هذه الحالة الاكتفاء بالتعويض إذا وجد القاضي أن هذا جزاء عادل فيه الكفاية وذلك علي غرار ما قرره المشرع في المادة ٢٠٣ في شأن تنفيذ الالتزام إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين . ومتي كان المشرع قد جعل الحكم بالتعويض بديلاً عن الحكم بالإصلاح العيني للمخالفة فان القضاء بالتعويض لا يكون إلا حيث يطالب صاحب العقار المرتفق مالك العقار المرتفق به بهذا الإصلاح العيني أما إذا رفعت الدعوى ابتداء من مالك العقار المرتفق به بطلب تمكينه من إقامة بناء مخالف لما فرض عليه من القيود أو تكملة هذا البناء فلا يكون للقاضي أن يصرح له بذلك مقابل تعويض يدفعه لأصحاب العقارات المقررة هذه القيود لمصلحتها ماداموا هم قد تمسكوا بوجوب احترامها باعتبارها حقوق ارتفاق تبادلية وذلك لما ينطوي عليه هذا القضاء من تصريح بارتكاب مخالفة لما تقع أو باستفحال مخالفة بدئ فيها، ولم يقصد المشرع من إيراد حكم المادة ١٠١٨/ ٢ من القانون المدني تخويل القاضي الحق في مخالفة حقوق الارتفاق هذه وإنما كل ما قصده هو عدم إرهاق مالك العقار المرتفق به بإزالة المباني المخالفة لما فرض عليه من قيود في حالة وقوع هذه المخالفة فعلا قبل أن يرفع الأمر إلى القاضي فإذا لم تطلب هذه الإزالة فلا يكون هناك محل للحكم ببديلها وهو التعويض. (نقض ٧٦/٥/٢٥ س ٢٧ ص ١١٧٦)

والجدير بالذكر أن الأعباء والتكاليف المدنية أو العمرانية إذا كان مصـــدرها القانون (تشريع أو لائحة)، فإنها تعد من قبيل القيود القانونية التـــي تفرض للمصلحة العامة، أما إن كان مصدرها الاتفاق، فإنها تعد مـــن قبـــيل حقوق الارتفاق المقررة لمصلحة العقارات المجاورة، وهي بمثابة قيود بناء اتفاقية أو حقوق ارتفاق متبادلة[1].

---

(١) قيود البناء الاتفاقية تعتبر – علي ما جري به قضاء محكمة النقض – حقوق ارتفاق متبادلة مقررة لفائدة جميع العقارات الكائنة في الحي والتي فرضت لمصلحتها تلك القيود فإذا خالفها أغلب أهل الحي أصبح صاحب العقار المرتفق به في حل من الالتزام بها لانتفاء سبب هذا الالتزام. (الطعن ٢٤٨٦ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٦/٢/٦)

- تعتبر قيود البناء الاتفاقية حقوق ارتفاق متبادلة مقررة لفائدة جميع العقارات التي تقع في المنطقة يترتب عليها أن تصبح علي ما جري به قضاء محكمة النقض – كل قطعة من الأرض مرتفقاً بها لفائدة جميع القطع الأخرى بحيث يكون سبب التزام مالك كل قطعة باحترام حقوق الارتفاق المقررة عليها لمصلحة القطع الأخرى هو التزام ملاك هذه القطع باحترام حقوق الارتفاق المقابلة . (نقض ٦٧/١١/١٤ س ١٨ ص ١٦٦٨)
- في حقوق الارتفاق التبادلية يكون سبب التزام مالك العقار باحترام حق الارتفاق المقرر علي عقاره لمصلحة عقار آخر هو التزام مالك هذا العقار الآخر باحترام الارتفاق المقابل المقرر لمصلحة مالك العقار الأول فإذا خرج أيهما عن الالتزام المفروض عليه وخالف شروط عقده أو قيوده فإنه يكون قد أسقط حقه في إلزام جاره مالك العقار الآخر بتنفيذ التزامه الذي يغدو بلا سبب والتنازل عن حقوق الارتفاق – كما يكون صريحاً – يجوز أن يكون ضمنياً إذ لم يشترط القانون لتحققه صورة معينة. (نقض ٦٢/٤/٢٩ س ١٦ ص ٥٣٨)

(و) تقسيم حقوق الارتفاق :

هــناك عدة تقسيمات لحقوق الارتفاق : ارتفاقات مستمرة وأخري غيــر مســتمرة، ارتفاقات ظاهرة وأخري غير ظاهرة، ارتفاق إيجابي وارتفاق سلبي.

أولا : الارتفاق المستمر والارتفاق غير المستمر:

١ – يكــون الارتفاق مستمراً، إذا كان لا يحتاج في استعماله إلى تــدخل متكرر بفعل صاحب العقار المخدوم، أي أن استعماله لا يقتضي تدخل الإنسان بفعله، لأن مجرد قيام الارتفاق فيه فائدة للعقار، حيث إننا أمــام حالــة معينة تظل قائمة وترتب خدمة للعقار. مثال ذلك الارتفاق بعدم البناء أو بعدم التعلية، والارتفاق بالمطل.

٢ – أما الارتفاق غير المستمر، فهو الذي يحتاج في استعماله إلى تــدخل الإنسان بفعله أي أنه يقتضي قيام صاحب العقار المخدوم بعمل مــتجدد يفــيد وجود العبء علي العقار الخادم، وبغير هذا العمل يظل الارتفاق بدون استعمال. مثال ذلك الارتفاق بالمرور، أو باغتراف المياه أو برعــي الماشــية، حيث يقتضي استعمال الارتفاق في هذه الحالات اتخاذ موقف إيجابي من قبل صاحب الارتفاق بالمرور أو يأخذ المياه أو برعي أغنامه.

ثانياً : الارتفاق الظاهر والارتفاق غير الظاهر :

١ – يكون الارتفاق ظاهراً إذا وجدت علامات ظاهرة تكشف عن وجــوده، كالارتفــاق بالمطــل حــيث تدل عليه فتحة ظاهرة بالجدار. والارتفاق بالمرور حيث يتضح من وجود طريق معد للمرور.

٢ – ويكون الارتفاق غير ظاهر إذا لم تكن هناك علامة خارجية تكشف عن وجوده، كالارتفاق بعدم البناء أو بعدم التعلية[1].

---

(١) السنهوري، ص ١٢٩٦.

ثالثا : الارتفاق الإيجابي والارتفاق السلبي :

١ – يكـون الارتفاق إيجابياً إذا كان يخول صاحبه القيام بأعمال إيجابية علي العقار الخادم كالارتفاق بالمرور أو الشرب أو المجري أو المسيل .

٢ – ويكون الارتفاق سلبياً إذا تمثل مضمونه في منع مالك العقار المخـدوم من القيام بأعمال معينة يخولها له حق الملكية أو في حرمانه من بعض وجوه الاستعمال، كالارتفاق بعدم البناء أو بعدم التعلية.

المطلب الثاني

إنشاء حق الارتفاق

"حـق الارتفـاق يكسـب بعمل قانوني أو بالميراث . ولا يكسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور".

"يجـوز فـي الارتفاقات الظاهرة أن ترتب أيضاً بتخصيص من المالك الأصلي. ويكون هناك تخصيص من المالك الأصلي إذا تبين بأي طريق من طرق الإثبات ان مالك عقارين منفصلين قد أقام بينهما علامة ظاهـرة ، فأنشأ بذلك علاقة تبعية بينهما من شأنها أن تدل علي وجود ارتفاق لو أن العقارين كانا مملوكين لملاك مختلفين. ففي هذه الحالة إذا انـتقل العقـاران إلى أيدي ملاك مختلفين دون تغيير في حالتهما، عد الارتفـاق مرتباً بين العقارين لهما وعليهما ما لم يكن ثمة شرط صريح يخالف ذلك" [1].

---

(١) م ١٠١٦، ١٠١٧ مدنى.

إذا كان القسيمان قد اتفقا بمقتضى عقد القسمة علي أن يترك كل منهما ثلاثة أمتار من حصته ليكون بينهما فاصل عرضه ستة أمتار يكون لكل منهما عليه حق ارتفاق، والتزام صاحب الحصة البحرية ألا ينشئ دورة مياه بالجهة القبلية للبناء الذي يحدثه، ثم باع جزءاً من حصته أقام فيه المشتري بناء علي

=

يتضـــح من كل ذلك ان حق الارتفاق ينشأ بالتصرف القانوني أو بالميراث أو بالعرف أو التقادم أو بتخصيص المالك .

(أ) التصرف القانوني :

ينشـــأ الارتفاق بالتصرف القانوني الصادر من الجانبين وهذا هو العقــد، أو الصـــادر من جانب واحد، أي بالإرادة المنفردة، وهذه هي الوصـــية، والتصـــرف القانوني قد يكون بمقابل أو بدون مقابل، كالبيع والمقايضة والهبة.

الصامت، وفتح نوافذ ومطلات فيه، فرفع عليه دعوي بإلزامه بسد هذه الفتحات، فحكم برفض دعواه بناء علي أن المشتري قد اكتسب بمقتضى عقد القسمة حق ارتفاق علي الثلاثة الأمتار الملاصقة لملكه والمملوكة لبائعه، ثم رفع المشتري دعوي علي قسيم البائع له وزوجته التي تملكت حصته بعقد مسجل قبل تاريخ شرائه هو طلب فيها تثبيت ملكيته لحق الارتفاق علي الستة الأمتار الفاصلة برفض طلب البائع له سد المطلات والفتحات فرفضت المحكمة دعواه بناء علي أسباب منها ان الحكم المذكور لا يثبت له حق الارتفاق علي الثلاثة الأمتار الملاصقة لملكه لأنه ليس بحجة علي زوجة القسيم لكونها لم تكن طرفاً فيه، فان تعرض المحكمة لحجية الحكم لم يكن له نقيض، لأن زوجة القسيم لم يكن بينهما وبين البائع المدعي أية علاقة قانونية في هذا الشأن، ثم انها لا تدعي حقاً علي الثلاثة الأمتار التي كانت مملوكة للبائع وترتب عليها للمشتري منه حق الارتفاق بالحكم المذكور حتى كان يصح التعرض لحجية الحكم علي تلك الصورة. وإذن فقد كان الواجب ألا يهدر هذا الحكم وأن يحترم من جهة ما قضي به من ترتيب حق الارتفاق علي الثلاثة أمتار المجاورة لملك المشتري. (الطعن ٤٨ لسنة ١٠ ق – جلسة ١٩٤١/١/٢)

ويجوز للأفراد أن يقرروا ما يشاءون من ارتفاقات بين عقاراتهم، أيـا كان مضمونها، إلا أن ذلك مشروط بأن يتقرر الارتفاق علي عقار لمـنفعة عقـار آخـر، أي أن الارتفاق يفرض علي العقار وليس علي الشـخص، وهو مقرر لمصلحة العقار وليس المالك، وإن كانت الفائدة سـتعود علـي المالـك بالضـرورة إلا أن ذلك بالتبعية لملكيته للعقار المخدوم. وينبغي من ناحية أخري أن يكون مضمون الارتفاق مشروعاً أي غير مخالف للقانون أو للنظام العام والآداب(١).

---

(١) النص في المادة ١٠١٦ من القانون المدني علي ان " حق الارتفاق يكسب بعمل قانوني أو بالميراث " يدل علي أن للأفراد أن يتفقوا علي إنشاء حقوق الارتفاق التي يختارونها سواء كانت إيجابية أم سلبية مع مراعاة أن تكون في حدود القانون والنظام العام والآداب. (نقض ٧٧/٥/١٠ س ٢٨ ص ١١٥٨)

إذ كان مفاد الاتفاق – في عقد البدل – هو تقرير حق ارتفاق سلبي بعدم المطل علي ملك المطعون عليهم، وهو أمر لا مخالفة فيه للقانون، وكان الحكم المطعون فيه في خصوص الرد علي دفاع الطاعنتين بأن هذا الشرط تعسفي قد عرض للحالات الثلاث التي أوردتها المادة الخامسة من القانون المدني وقرر أنها غير متوافرة في الدعوى لان المصلحة المقصودة من هذا الشرط مشروعة ولم يثبت من الأوراق أن المطعون عليهم تصدوا إلى مجرد الإضرار بالطاعنتين، بل الثابت أن المصالح التي يرجون تحقيقها مصالح أدبية جوهرية حرصوا علي النص عليها صراحة بما لا يدع مجلا للقول بأنها قليلة الأهمية بالنسبة لما يصيب الطاعنتين من ضرر بسببها وإذا يتضح مما سلف أن المحكمة في حدود سلطتها التقديرية اطرحت بأسباب سائغة لها أصلها الثابت في الأوراق ما تمسكت به الطاعنتان من أن الشرط المشار اليه تعسفي . فان النعي يكون غير سديد. (نقض ١٩٧٧/٥/١٠ س ٢٨ ص ١١٥٨)

ويلـــزم لصـــحة التصـــرف القانوني المنشئ للارتفاق أن يكون مستوفياً للشروط الموضوعية والشكلية التي تقتضيها القواعد العامة في إبـــرام التصـــرفات القانونـــية الواردة علي العقار مثل أهلية التصرف، وتسجيل سند إنشاء الارتفاق، خاصة وان الارتفاق ينتقل مع العقار الي كل من الخلف العام والخلف الخاص[1].

---

(١) المبيع ينتقل إلى المشتري بالحالة التي حددها الطرفان في عقد البيع، وإذ كان الثابت أن البائعتين للطاعنة قد صرحتا في عقد البيع بنفي وجود أي حق ارتفاق للعقار المبيع، فان القول بانتقال هذا الحق إلى المشتري رغم وجود النص المانع يكون علي غير أساس. (نقض ٧٠/١/١٥ س ٢١ ص ١١٢)

- عقد البيع العقاري – ولو لم يكن مشهراً – ينقل إلى المشتري جميع الحقوق المتعلقة بالمبيع والدعاوى المرتبطة به بما في ذلك طلب نفي حق الارتفاق. (نقض ٧٢/١/٢٥ س ٢٣ ص ٩٨)

إذا كان الحكم – حين قضي بأحقية المدعي في الري والصرف من مسقي ومصرف معينين استنادًا إلى اتفاق غير مسجل محرر بين المدعي عليه وبين ملاك الأطيان الأصليين الذين آلت عنهم الملكية إلى المدعي – وقد أسس ذلك علي ان الحق موضوع هذا الاتفاق منشئاً له أو مقرراً، إن هو إلا من توابع الأطيان ينتقل معها إلى من تؤول إليهم ملكيتها، وان هذا الاتفاق يعتبر اشتراطاً لمصلحة الغير ممن تؤول إليهم ملكية الأطيان يترتب عليه نشوء الحق مباشرة للمشترط بلا حاجة إلى نقله بطريق الحوالة، وذلك دون أن يبين الحكم أن المدعي عليه مالك أو غير مالك لمجري المصرف والمسقي، وهل هو صاحب حق في مياههما أم لا، فان كان مالكا أو صاحب حق فهل الاتفاق المذكور منشئ للحق الذي هو محله فيكون تسجيله لازماً لإنشاء الحق بين العاقدين انفسهم، أم مقرر له فلا يلزم تسجيله، أما ان لم يكن مالكاً ولا صاحب حق

-

فيكون ذلك الاتفاق مجرد تعهد بعدم التعرض من جانب المدعي عليه فيما ليس له حق فيه يكون القضاء للمدعي بالحق في الري والصرف غير متوقف علي وجوده وعلي تسجيله – فهذا الحكم يكون معدوم الأساس معجزاً محكمة النقض عن مراقبة صحة تطبيق القانون. (نقض ١٩٤٨/٣/١١ طعن ١٣٥ س ١٦ق)

اشتري شخص قطعة أرض من أملاك الحكومة بجهة الزمالك بالشروط المعروفة التي وضعتها هي لذلك ثم باع هذا الشخص القطعة إلى شخص آخر بموجب عقد تعهد فيه باحترام الاشتراطات المدونة بعقد البيع الأصلي الصادر من الحكومة مقراً بمعرفتها تمام المعرفة، ووصفت هذه الشروط في عقد البيع الصادر له بأنها حقوق ارتفاق وقيود . ثم أقام علي هذه القطعة دكاكين . فرفعت مصلحة الأملاك دعوي عليه طلبت فيها الحكم بإلزامه بإقفال تلك الدكاكين، لما في هذا البناء من مخالفة لشروط البيع الصادر منها إلى المشترى الأول، فقضي برفض هذه الدعوي علي اعتبار ان الالتزام الوارد في عقد البيع بالامتناع عن عمل دكاكين علي العين المبيعة إنما هو التزام شخصي صادر لمصلحة الحكومة من المشتري الأول فلا يربط غيره ممن آلت إليه ملكية هذه القطعة، وانه حتى مع التسليم بأن هذا العقد ينص علي تقرير ارتفاق فان الحكومة تنازلت عنه بتقريرها عوائد مبان علي الدكاكين وتحصيلها فعلاً .

ومحكمة النقض قالت أن القيود والشرائط الواردة بعقد البيع الأصلي – وقد وصفت في عقد الشراء الثاني بأنها حقوق ارتفاق وقيود – كان لابد من اعتبارها مقررة لتكاليف مستمرة ينطبق عليها نص المادة ٣٠ من القانون المدني. فتجاهل الحكم هذا الذي تدون بالعقد وإغفاله الأخذ به، مع وجوبه لعدم المنازعة في معناه، فيه مخالفة للاتفاق ولنص المادة ٣٠ المذكورة. أما عده ربط العوائد علي الدكاكين المطلوب إغلاقها تنازلاً من الحكومة عن حقوقها

وقد رأينا أن القانون يفرض بعض القيود القانونية علي حق الملكية سـواء للمصلحة العامة أو للمصلحة الخاصة. هذه القيود تتحدد بنطاق معـين وتطـبق بشروط محددة. وقد يلجأ الأفراد إلى تقرير هذه القيود وتضـمينها اتفاقـاتهم، هنا تتحول من قيود قانونية إلى حقوق ارتفاق. وتـبدو أهمـية هـذا الاتفاق في حالة ما إذا غير الأطراف في الاتفاق مضمون القيد أو شروط تطبيقه[1].

فيجوز الاتفاق بين الأطراف علي تقرير حق ارتفاق بالشرب بين أراض غير متلاصقة . ويتم الاتفاق علي توزيع المياه والنفقات بطريقة

المشروطة فخطأ كذلك، إذ التنازل لا يكون صحيحاً إلا إذا صدر ممن يملكه، وفقاً لنص المادة ١٨٠ مدني، ومصلحة الأموال المقررة المنوط بها ربط العوائد وتحصيلها ليس من وظيفتها التعرض لعقود تمليك الممولين، ولا شأن لها بما اتفق عليه العاقدون. (جلسة ١٩٣٣/٢/٩ طعن رقم ٨٩ سنة ٢ ق)

(١) حقوق الارتفاق الإرادية يتحدد مداها طبقاً لسند إنشائها، فإذا كانت قد نشأت بموجب العقد، تعين علي مالك العقار المرتفق به أن يمتنع عن كل ما يعتبر تعرضاً في استعمال هذا الحق أو يتضمن إعاقة له، فإذا كان هذا الحق ارتفاق بالمرور مصدره العقد وثار النزاع حول وجوده فلا محل لبحث ما إذا كان العقار المقرر له هذا الحق محبوساً عن الطريق العام – من عدمه لأن ذلك محله أن يكون النزاع حول تقرير حق ارتفاق بالمرور قانوناً طبقاً لنص المادة ٨١٢ من القانون المدني . لما كان ذلك وكان مبني دعوي المطعون عليهن هو تعدي الطاعن علي حق الارتفاق بالمرور المقرر – بموجب العقد المسجل لعقارهن علي الممر المبين بها وليس تقرير حق ارتفاق بالمرور قانوناً طبقاً للنص سالف البيان – فان النعي علي الحكم المطعون فيه بهذا السبب يكون في غير محله. (الطعن ١٣٢٨ لسنة٥٢ ق جلسة١٩٨٧/٤/٢٩).

معينـــة تخـــتلف عـــن أحكام القيد القانوني الذي يقرر حق الشرب بين الأراضي المتجاورة وطبقاً لقواعد محددة .

ونفـــس الحـــال بالنسبة للقيود القانونية الخاصة بالمجري والمسيل ووضـــع الحدود والمرور والمطل، إذ يمكن للأفراد تحويلها إلى حقوق ارتفاق إرادية بالزيادة أو النقصان في مضمونها، وبالاتفاق علي تطبيقها رغم تخلف الشروط التي يتطلبها القانون لهذا التطبيق.

ويمكن أن يقرر الأفراد بعض الارتفاقات التي تتناول موضوعات وأعمـــال جديدة غير واردة في القيود القانونية علي حق الملكية، فإرادة الأفـــراد حرة تختار ما تشاء من مضمون لحق الارتفاق، مثال ذلك حق الارتفـــاق بمســـيل مياه الأمطار، وحق الارتفاق برعي المواشي، وحق الارتفاق بالاحتطاب، وحق الارتفاق بعدم تعلية البناء أو بعدم البناء إلا علي بعد معين. وحق الارتفاق بالمرور أو بالمطل .

(ب) الميـــــــراث :

الميراث ليس سبباً لإنشاء حق الارتفاق بل هو طريق لانتقاله مع العقـــار المـــرتفق، فإذا مات صاحب العقار المخدوم، انتقلت ملكيته إلي الورثة، وينتقل معها الارتفاق بوصفه من ملحقاته .

(ج) العـــرف :

يمكـــن اكتســـاب حق الارتفاق بالعرف، ويشترط لنشأة الارتفاق بالعـــرف أن نـــوجد بصدد عرف بالمعني الدقيق، أي يجب أن يتعارف الـــناس علي وجود الارتفاق المقرر بين العقارين وأن يستمر ذلك مدة زمنـــية كافـــية، وهذا هو الركن المادي في العرف، هذا بالإضافة إلى الركن المعنوي، أي الاعتقاد في ضرورة الالتزام بذلك الارتفاق . مثال ذلـــك حق الارتفاق باغتراف مياه البئر المقرر لأرض الجار علي بئر جـــاره، وحـــق الارتفـــاق بالشرب أو المسيل، هذا الحق ينشأ بالعرف الملـــزم، الـــذي يتقـــرر مـــع مرور الزمن، وهذا ما يقربنا من التقادم المكسب.

(د) التقـــــادم :

يجـــوز اكتســـاب حـــق الارتفاق بالتقادم، ولكن ذلك يقتصر علي الارتفاقـــات الظاهـــرة، بمـــا في ذلك حق المرور. ولا يجوز اكتساب الارتفاق غير الظاهر بالتقادم[1].

---

(١) م ١٠١٦ مدني.

إن حقوق الارتفاق، ومنها حق الشرب، إنما يجوز اكتسابها بالتقادم إذا ما توافرت أركان وضع اليد المكسب للملكية المقررة بالمادة ٧٦ من القانون المدني. فإذا قضت المحكمة باكتساب حق الشرب بالتقادم وجب عليها ان تبين في حكمها العناصر الواقعية اللازمة لثبوته، من وضع اليد وصفته ومظهره واستمراره طوال المدة المكسبة له، حتى يتيسر لمحكمة النقض مراقبة صحة تطبيق القانون فإذا كان الحكم الذي قضي بثبوت ذلك الحق خالياً من بيان العناصر الواقعية التي تفيد أن مدعيه كان يستعمل الفتحة المتنازع عليها لري أرضه من مياه الراحة، وان استعماله لها في هذا الغرض كان ظاهراً غير غامض، ومستمراً مدة خمس عشرة سنة، فهذا يكون قصوراً في التسبيب يعيبه ويستوجب نقضه. (جلسة ١٩٤٥/٥/٣١ طعن رقم ٨ سنة ١٥ ق)

بقاء المطل مفتوحًا على مسافة أقل من متر لمدة خمس عشرة سنة بحيازة مستوفية لشرائطها وليست على سبيل التسامح. أثره. اكتساب صاحبه حق ارتفاق المطل بالتقادم. علة ذلك. م ٨١٩ من القانون المدنى. (الطعن رقم ٥٥٤٨ لسنة ٦٣ق، جلسة ١٩٩٤/٤/١٧)

- حقوق الارتفاق وفقاً للمادة ١٠١٩ من القانون المدني تخضع للقواعد المقررة في سند إنشائها، وإذ كان سبب إنشاء الارتفاق هو التقادم فان الحيازة التي كانت أساساً للتقادم هي التي تحدد مدي الارتفاق . (نقض ٨٢/٦/٩ س ٣٣ ص ٦٩)

- الحكم بثبوت حق الارتفاق يجب أن يبين فيه جميع العناصر الواقعية اللازمة لثبوته من وضع اليد ومظهره ومبدئه. وذلك لكي تتمكن محكمة النقض من مراقبة صحة تطبيق القانون. فإذا اقتصر الحكم الصادر بثبوت حق الارتفاق بالري من ترعة علي القول بأنه تبين من تقرير الخبير أن "لأرض الوقف سواقي ومراوي تأخذ المياه من هذه الترعة، وان حالتها تدل علي أنها عملت من زمن قديم جداً، فحق الري إذن من هذه الترعة قد ثبت قانوناً لأرض الوقف منذ كانت هذه الترعة مروي قبل أن توسعها الحكومة" فهذا الحكم يكون مشوباً بالقصور متعيناً نقضه. (جلسة ١٩٤١/١/٢٣ طعن ٢٢ س١٠ ق)
- متي كانت محكمة الموضوع إذ قضت بتعويض المدعي عن الضرر الناشئ من حرمان أطيانه من الري لم تستبن الفرق بين ثبوت حق ارتفاق الري وبين مجرد حيازته التي تبيح الإجراء المؤقت الذي أسبغه القانون علي واقعة الحيازة، فأسست قضاءها علي ثبوت حق الارتفاق مستندة في ذلك إلى الحكم الصادر بمنع تعرض المدعي عليه للمدعي في حق ارتفاق الري، مع أن هذا الحق لم يثبت بعد وكل ما أثبته الحكم المذكور هو مجرد حيازة ظاهرة علي المسقي يحميها القانون دون بحث في أصل الحق أو أساسه، الأمر الذي كان يتعين معه علي المحكمة مراعاة هذا الأساس، وإذ هي لم تفعل ولم تلق بالا إلى مدي الفرق بينهما مما كان له أثر في قضائها من حيث تحديد مدة التعرض وتقدير التعويض وتقويم عناصره وانسحاب أثر ذلك التقدير إلى بدء تعرض المدعي عليه في نشوء ملكيته في تلك المدة فان حكمها يكون معدوم الأساس القانوني مما يستوجب نقضه. (جلسة ١٩٥٥/٦/٢ طعن رقم ٢٤٧ سنة ٢١ ق)

لقاضي الموضوع السلطة التامة في بحث ما ينم من أدلة الدعوى علي وجه صحيح وفي موازنة بعضها ببعض وترجيح ما تطمئن نفسه إلى ترجيحه منها .

فإذا كان الأساس الذي بنيت عليه دعوي التعويض هو أن وزارة الأشغال قطعت مصرفاً كان يستعمله المدعي لصرف مياه أطيان له، وأن هذا الفعل قد ترتب عليه بوار أطيانه، وقضي الحكم الابتدائي برفض الدعوى استناداً إلى أن الحكومة لم يقع من جانبها خطأ مستوجب التعويض، وأمام محكمة الاستئناف عرض أساس آخر للدعوى وهو اكتساب وجود حق ارتفاق بالصرف علي أرض الحكومة اكتسبه المدعي بالتقادم فقضت له بالتعويض بناء علي ذلك، وعلي أن الوزارة قطعت المصرف عند إنشائها الترعة التي أنشأتها . وكانت الأدلة التي ساقها الحكم لإثبات اكتساب حق الارتفاق بالتقادم تنحصر في أن الوزارة لم تنكر علي طالب التعويض دعواه به إلا أمام محكمة الاستئناف، وسكتت عن الدفع بعدم وجوده طوال المدة التي استغرقتها الدعوى أمام محكمة الدرجة الأولي، وكذلك في أقوال طالب التعويض الذي قرر ان المصرف أنشئ في سنة ١٨٩٣ وفيما قرره خبير إثبات الحالة من أنه وجد في الطبيعة مصرفين مارين بها من زمن بعيد، فان هذه الأدلة لا تؤدي إلي النتيجة التي استخلصتها المحكمة منها. وذلك لأن سكوت الوزارة أمام محكمة الدرجة الأولي لا يؤخذ منه تسليمها بحق الارتفاق، إذ الدفاع وقتئذ لم يكن دائراً حول وجود هذا الحق أو عدم وجوده وإنما كان دائراً حول ما إذا كان إنشاء الترعة التي أنشأتها الوزارة قد ترتب عليه ضرر لأرض طالب التعويض أو لم يترتب، ولأن قول المدعي ان المصرف أنشئ في سنة ١٨٩٣ لا يمكن اعتباره دليلاً في هذا الصدد لصدوره من نفس المدعي بالحق المتنازع عليه . ولأن ما قرره الخبير ليس إلا عبارة مجهلة لا يمكن أن يؤخذ منها توافر شرط تكامل المدة اللازمة لاكتساب حق الارتفاق بالتقادم وإذن فان هذا الحكم يكون قد لحقه العيب

(هـ) تخصيص المالك :

يجوز أن يثبت الارتفاق بتخصيص المالك، متي ثبت أن مالك عقارين قد أنشأ بينهما علامة ظاهرة تدل علي ارتفاق أحدهما بالآخر بالمرور أو بالمجري أو المسيل ونحوهما، فإذا انتقل العقاران أو أحدهما إلي أيدي ملاك آخرين دون تغيير في حالتهما، بقي الارتفاق ما لم يتفق صراحة علي غير ذلك[1].

يتضح من ذلك أن الارتفاق يمكن أن ينشأ بتخصيص من المالك الأصلي بعدة شروط :

١ - أن نكون بصدد عقارين كانا مملوكين لشخص واحد، ويستوي أن يكون العقاران منفصلين أصلاً، أو كانا عقاراً واحداً جزأه المالك إلى عقارين متميزين . وينشأ حق الارتفاق من وقت ان يصبح العقاران مملوكين لمالكين مختلفين، أي بعد انفصال ملكية العقارين .

٢ - أن يجعل المالك أحد العقارين في خدمة العقار الآخر، أي أن المالك يجري ترتيباً واقعياً وفعلياً بين العقارين علي نحو يكون لأحد

في الاستناد والقصور في الأسباب ويتعين نقضه. (جلسة ١٩٤٠/٣/١٤ الطعن رقم ٥٦ سنة ٩ ق)

(١) م ١٠١٧ مدنى.

وجود بربخ في باطن أرض الممر - حتى بفرض أن له صلة بعقار المطعون ضده لا يعتبر علامة ظاهرة في حكم المادة ١٠١٧ من القانون المدني، لأن وجود أنابيب أو مواسير مدفونة في باطن الأرض ولا يراها الناس، وليس لها أي مظهر خارجي لا يعتبر ارتفاقاً ظاهراً، ولا يمكن ترتيبه بتخصيص المالك الأصلي. وإذ كان ذلك فان الحكم بقضائه بوجود ارتفاق باستعمال باطن الممر لعقار المطعون ضده يكون قد خالف القانون. (نقض ١٩٧٢/٤/٨ س ٢٣ ص ٦٧٦)

العقـــارين منفعة أو ميزة علي العقار الآخر. والمالك الأصلي للعقارين هـــو وحـــده الـــذي يملـــك تقرير ذلك الوضع، ولا يكفي أن يقوم بذلك المستأجر أو المزارع أو صاحب حق الانتفاع .

مـــثال ذلك أن يجعل الشخص لأحد المنزلين المملوكين له طريقاً يمر من حديقة المنزل الآخر، وهكذا بالنسبة للمجري والمسيل وما إلي ذلك ويسمي هذا تخصيص من المالك[1].

٣ – وضع علامة ظاهرة تكشف عن الوضع الفعلي، أي تدل علي وجود ارتفاق بين العقارين، أي إننا يجب أن نكون بصدد ارتفاق ظاهر، ومـــن ثـــم فـــإن الارتفاقـــات الظاهرة هي وحدها التي يمكن أن تنشأ بتخصيص[2] المالك الأصلي، مثال ذلك وجود مطل مفتوح مباشرة في

---

(١) حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي – وعلي ما يستفاد من نص المادة ١٠١٧ من القانون المدني – لا ينشأ في وقت تملك المالك الأصلي للعقارين. وجعله أحدهما يخدم الآخر. وإقامته بينهما علامة ظاهرة من شأنها أن تنشئ عـــلاقة تبعية بينهما، وإنما ينشأ هذا الحق من وقت أن يصبح العقاران مملوكين لمالكين مختلفين مع بقائهما علي هذا الوضع، إذ في استبقاء المالكين لهذا الوضع ما يدل علي انهما أرادا أن يبرز حق الارتفاق إلى الوجود. وقد كان كامنا ويعطله عن الظهور ان العقارين مملوكان لمالك واحد، أما وقد أصبحا مملوكين لمالكين مختلفين فلم يعد هناك ما يمنع من ظهوره. ولا يشترط لنشوئه ان يكون لازما لزوما حتمياً للعقار المخدوم.(نقض ١٩٧٥/١/٨ س٢٦ ص ١٤٠)

(٢) مفاد نص المادة ١٠١٧ من التقنين المدني أن الارتفاق لا ينشأ بتخصيص المالك الأصلي إلا إذا كان ارتفاقاً ظاهراً بأن تكون له علامة خارجية ظاهرة تنم عن وجوده علي سبيل الجزم واليقين، وتعلن إعلانا محققاً لا يحتمل الشك عن أن المالك الأصلي أنشأ علاقة تبعية، بين العقارين علي وجه دائم ومستقر

=

وأن تبقي هذه العلاقة قائمة حتى وقت انفصال العقارين . (نقض ٧٢/٤/٨ س ٢٣ ص ٦٧٦)

- حقوق الارتفاق وفقاً للمادة ١٠١٩ من القانون المدني – تخضع للقواعد العامة في سند إنشائها – وإذ كان ترتيب حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي ليس مبنيا علي مجرد نية المالك في الوقت الذي رتب فيه علاقة التبعية بين العقارين بحيث لو انفصل لكان لأحدهما حق ارتفاق علي الآخر، وإنما مبناه – علي ما أوضحته مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – الاتفاق الضمني الذي انعقد بين المالكين المختلفين للعقارين وقت انفصال ملكيتها ببقاء هذين العقارين بالحالة الواقعية السابقة، وتحويلها إلى ارتفاق بمعناه القانوني ومن ثم فان نطاق هذا الارتفاق يتحدد بالتخصيص الذي وقع عليه هذا الاتفاق الضمني بين المالكين، وهو السند الذي يعين مدي حق الارتفاق ويرسم حدوده. (نقض ٤/٨/ ٨٢ س ٢٣ ص ٦٧٦)

تنص المادة ١٠١٧ من القانون المدني علي انه يجوز في الارتفاقات الظاهرة أن ترتب أيضا بتخصيص المالك الأصلي، ويكون هناك تخصيص من المالك الأصلي إذا تبين بأي طريق من طرق الإثبات أن مالك عقارين منفصلين قد أقام بينهما علامة ظاهرة، فأنشأ بذلك علاقة تبعية بينهما من شأنها أن تدل علي وجود ارتفاق لو أن العقارين كانا مملوكين لملاك مختلفين ففي هذه الحالة إذا انتقل العقاران إلى أيدي ملاك مختلفين دون تغيير في حالتهما، عد الارتفاق مرتباً بين العقارين لهما وعليهما ما لم يكن ثمة شرط صريح يخالف ذلك " مما مفاده أن حق الارتفاق – بتخصيص المالك الأصلي – لا ينشأ في وقت تملك المالك الأصلي العقارين وجعله أحدهما يخدم الآخر وإقامته بينهما علامة ظاهرة من شأنها أن تنشئ علاقة تبعية بينهما، وإنما ينشأ هذا الحق من وقت أن

يصبح العقاران مملوكين لمالكين مختلفين مع بقائهما علي هذا الوضع، إذ في استيفاء المالكين لهذا الوضع ما يدل علي انهما أرادا أن يبرزا حق الارتفاق إلى الوجود . وقد كان كامنا ويعطله في الظهور أن العقارين مملوكان لمالك واحد، أما وقد اصبحا مملوكين لمالكين مختلفين فلم يعد هناك ما يمنع من ظهوره، وأن هذا الارتفاق يعتبر بعد انفصال ملكية العقارين مرتبا بينهما لهما وعليهما بموجب اتفاق ضمني بين المالكين المختلفين لا يلغيه إلا شرط صريح بأن يذكر المالكان صراحة أنهما لا يريدان الإبقاء علي علاقة التبعية القائمة بين العقارين ومن ثم لا يعتبر شرطاً صريحاً خلو عقد البيع من النص علي شموله حق الارتفاق، أو تضمن عقد بيع أحد العقارين ان البائع يضمن خلو العقار المبيع من كافة الحقوق العينية أصلية كانت أو تبعية وظاهرة أو خفية. (نقض ١٥/١/١٩٨١ س ٣٢ ص ٢٠٧)

متي كان الحكم المطعون فيه قد استخلص من أوراق الدعوى أن والد المطعون ضده باعتباره مالكاً أصلياً قد أقام المنزلين، وترك أرضاً فضاء منحصرة بينهما محدودة بمبانيهما ومباني الغير، ولا توجد وسيلة للوصول إليها إلا من داخل هذين المنزلين. وأنه ثبت من معاينة الخبير وجود مطلات بمنزل المطعون ضده علي تلك الأرض فيكون المالك قد خصص تلك الأرض لمنفعة هذين المنزلين وأنشأ بها علاقة تبعية بينهما تدل علي وجود حق ارتفاق لو أن العقارين كانا مملوكين لملاك مختلفين وهو استخلاص سائغ ومقبول. فانه يكون قد طبق القانون علي وجهه الصحيح، ولا يغير من ذلك كون إنشاء منزل المطعون ضده وفتح المطلات فيه علي الأرض المجاورة سابقاً علي تملك والده لتلك الأرض وبنائه منزل الطاعن عليها . لان فتح المطلات علي الأرض في مذهب الحكم ليس هو العلامة الظاهرة التي أنشأ بها المالك الأصلي علاقة

التبعية بين العقارين وإنما العلامة الظاهرة التي عناها الحكم هي ترك جزء من الأرض محصورة بين المنزلين مع بقاء مطلات في منزل المطعون ضده تقع عليه وهذا الوضع تم في وقت تملك والد المطعون ضده للعقارين، وعندما اختلف الملاك بتصرف والد المطعون ضده في منزل الأخير استبقي المالكان ذلك الوضع فبرز حق الارتفاق. (الطعن ١٢٨ لسنة ٤٠ ق – جلسة ٧٥/١/٨ س ٢٦ ص ١٤٠)

من المقرر قانوناً أن الوقف هو حبس العين علي حكم ملك الله تعالي فلا يملكها أحد من العباد، وناظر الوقف هو صاحب الولاية عليه المفوض في القيام بمصالحه واستغلاله علي أصلح وجه وأنه وحده – في نطاق هذه الولاية وعدم وجود مالك للوقف – الذي يمثل جهة الوقف ومصلحة كل من أعيانه فإذا اقتضى حسن الاستغلال وضع عقار من عقاراته في خدمة عقار آخر وإقامة علامة ظاهرة تدل علي ذلك فان ناظر الوقف وحده هو الذي يملك إقامتها دون أن يكون ذلك تقرير لحق ارتفاق بل إقامة لعلاقة بين العقارين ينشأ بها علاقة التبعية بينهما ويكون ذلك بمثابة التخصيص من المالك للعقارين المنصوص عليه في المادة ١٠١٧ مدني. (نقض ٧٨/١٢/١٣ س ٢٩ ص ١٩٠٤)

- مناط التفرقة بين حق الارتفاق كحق عيني وبين مجرد الحق الشخصي هو ما إذا كان التكليف علي العقار مقرر لفائدة عقار آخر فيكون حق ارتفاق أم لفائدة شخص بعقد لا ينشئ إلا حقوقاً شخصية. لما كان ذلك وكان التخصيص من المالك الأصلي من أسباب كسب الارتفاقات الظاهرة، فان مجرد إقامة العلامة الظاهرة بين العقارين وإنشاء علاقة تبعية بينهما من شأنه أن يدل علي وجود ارتفاق لو أن العقارين كانا مملوكين لملاك مختلفين ولا يدل علي أن التكليف

أحـــد العقارين علي العقار الآخر علي مسافة تقل عن المسافة القانونية، ووجـــود قناة بالأرض تجري فيها المياه لري الأرض الأخرى البعيدة، ووجـــود طريق ممهد بأحد العقارين يوصل إلي العقار الآخر . مؤدي ذلك أن الارتفاق السلبي لا يُكتسب بهذا السبب حيث لا توجد له علامة ظاهرة، مثال ذلك الارتفاق بعدم البناء.

٤ – بقـــاء العلامة الظاهرة إلى وقت انفصال ملكية العقارين، أي أن العلامـــة الظاهـــرة التي تدل علي وجود الارتفاق كانت قائمة وقت انـــتقال ملكـــية العقار الخادم إلي شخص آخر، أي أن المالك الجديد قد رأي الوضع القائم وتفهمه ورضي به صراحة أو ضمناً، فهو قد اكتسب ملكـــية العقـــار عالماً ما يرد عليه من ارتفاق. ونفس الحكم إذا انتقلت ملكية كل من العقارين لشخصين مختلفين بتصرف قانوني أو بالميراث.

٥ – يشـــترط لنشأة حق الارتفاق في هذه الحالة عدم وجود اتفاق صـــريح يقضـــي باستبعاده، فالأصل أن الارتفاق ينشأ بتوافر الشروط السابقة دون حاجة إلي النص عليه صراحة، فهو ينشأ ضمناً من خلال الوضـــع الفعلـــي الـــذي أوجده المالك الأصلي . إلا أنه يجوز للأفراد الاتفاق صراحة علي عدم نشوئه أي عدم الاعتداد بالعلامة الظاهرة التي تـــدل علي وجوده . فيمكن لمن يشتري العقار الذي به طريق معبد أو

مقرر لفائدة شخص، كما أن النص علي الارتفاق في عقود الإيجار أو عدم لزومه لزوماً ضمنياً للعقار المخدوم لا يغير من طبيعته العينية. (الطعن السابق)

– الفصل فيما إذا كان الوضع الذي أنشأه المالك قد قصد به خدمة شخصية مؤقتة أو إخضاع أحد العقارين لخدمة الآخر علي وجه الدوام هو ما يستقل به قاضي الموضوع دون رقابة من محكمة النقض. (الطعن السابق)

علــيه مطـــل أن يـــورد في العقد شرط ينفي وجود ارتفاق بالمرور أو بالمطل[1].

(و) الارتفاق لا يكتسب بعمل من أعمال التسامح :

إذا تقـــرر الارتفاق إباحة وتسامحاً، بدون مقابل، فإنه يكون لمالك العقـــار المرتفق به أن يرجع في ذلك متي شاء .فقد يقرر الجار لجاره خدمـــة معيـــنة علي عقاره من باب التسامح بلا مقابل، هنا لا يستطيع الجـــار أن يدعي اكتسابه لحق ارتفاق علي عقار الجار مهما طال هذا التســـامح، ويمكن لصاحب العقار المرتفق به أن يعدل عن هذه الخدمة فـــي أي وقـــت . ولكن حق الارتفاق يمكن اكتسابه بالتقادم المكسب إذا استمرت مدة حيازته ١٥ سنة[2].

---

(١) تقضي المادة ١٠١٧ من القانون المدني بأن علي من يتمسك بأنه اكتسب حق ارتفاق بتخصيص المالك الأصلي أن يثبت أن العقار المملوك له والعقار الذي يدعي أنه اكتسب عليه حق ارتفاق كانا مملوكين لمالك واحد وأنه أثناء اجتماع ملكية العقارين أقام المالك الأصلي علاقة تبعية بينهما من شأنها أن تعتبر ارتفاقاً ظاهراً لو ان العقارين كانا مملوكين لملاك مختلفين وأن هذه العلاقة بين العقارين استمرت إلي ما بعد انفصال ملكيتهما وذلك ما لم يتضمن التصرف الذي ترتب عليه انفصال ملكية العقارين شرطاً صريحاً يخالف ذلك. (الطعن ٢٦٩ لسنة ٣٣ ق جلسة ٦٧/٢/٧ س ١٨ ص ٣١٢)

(٢) إن كل ما قصده الشارع من المادة ٣٩ من القانون المدني إنما هو تقييد حرية صاحب الأرض المعدة للبناء في أن يقيم البناء علي نهايتها إذا كان يريد فتح مطلات له علي ملك جاره . وهو لم يقصد بحال أن يجعل العقار المجاور خادماً للعقار الذي فتح فيه المطل علي المسافة القانونية من يوم فتحه بحيث يكون محملاً بحق ارتفاق سلبي لا يمكن معه لصاحب العقار أن يقيم بناء علي حدود ملكه أو أن يسوره ويتصرف في سوره بالهدم والبناء مرة بعد مرة وفي

=

كل آن . وذلك لأن هذا الارتفاق السلبي ليس مما يكتسب بمضي المدة وإنما هو لا يكون إلا بالاتفاق عليه . فالمطل لا يعتبر ارتفاقاً للعقار المطل علي العقار المطل عليه متي كان مفتوحاً علي المسافة القانونية . أما فتح المطل علي أقل من المسافة القانونية فهو أصلاً من التصرفات التي يملكها كل مالك في ملكه، له نفعه وعليه خطره . ولا بد، لاعتباره مبدأ لوضع يد علي حق ارتفاق بالمطل يكسب بالتقادم، من انتفاء مظنة العفو والفضل من جانب صاحب العقار المجاور وانتفاء شبهة الاقتصار في الانتفاع بالمطل علي القدر الذي تركه فاتحه من ملكه بينه هو وجاره. وهذه الشبهة وتلك المظنة تتأكدان بإقامة سور فاصل بين الملكين، ومن شأنه الحد من مجال النظر من المطل. فإذا فتح المالك في ملكه نوافذ علي أقل من المسافة القانونية مع وجود سور للجار يقابلها، فانه – مهما يكن في هذا السور من فجوات تسمح بمد النظر علي ملك الجار – إنما يكون مخاطراً في فتحه هذه النوافذ من جهة لقصور عمله هذا في الدلالة علي معني التعدي (empiétement) الذي هو شرط لازم لنشوء حالة وضع اليد بالمعني القانوني علي حق ارتفاق بالمطل يراد اكتسابه بمضي المدة علي ملك الغير ومن جهة أخري لوضوح الدلالة المستفادة من قيام السور علي عدم تهاون صاحبه في أن تطل علي ملكه تلك النوافذ وعلي احتفاظه بحقه في البناء علي نهاية ملكه في كل وقت. ولا يرد علي ذلك بأن صاحب السور بتراخيه في ترميمه وسد فجواته قد اسقط حقه في هذا الترميم وأنه مكن الجار بامتناعه عن إجرائه من اكتساب حق عليه، إذ حق المالك في ترميم ملكه لا يسقط بعدم الاستعمال ولا يتقيد صاحبه فيه بغير اتفاق صريح (جلسة ١٩٣٧/٣/١٨ طعن ٣٥سنة ٦ ق)

المطلب الثالث
أحكام حق الارتفاق

تتمـــثل تلـــك الأحكام في تحديد المركز القانوني لكل من صاحب العقار المرتفق، وصاحب العقار المرتفق به، وما يتولد عن ذلك المركز من حقوق والتزامات .

الفرع الأول
المركز القانوني لمالك العقار المرتفق

يتحدد المركز القانوني لمالك العقار المرتفق بمدي ما يكون له من حقـــوق ومـــا علـــيه من التزامات، ويتضح ذلك من خلال تحديد نطاق الارتفـــاق، واســـتعماله، وعبء تحمل النفقات اللازمة لهذا الاستعمال والمحافظة عليه وصيانته.

إذا كان المفهوم من الحكم أن النافذة التي قضي استئنافياً بتأييد الحكم الصادر بإعادة فتحها قد فتحها صاحبها في الدور الأرضي من منزله علي مسافة بضعة سنتيمترات فقط من نهاية ملك جاره، وانه فتحها في فرصة تهدم سور الجار أمامها، وان الجار بعد ذلك قد أقام السور وزاد نصف متر في ارتفاعه حتى حجب النافذة كلها ومنع مجال النظر أمامها عن أن يمتد إلى ما وراء السور كما كان من قبل، فهذه الحالة لا يصح وصفها بأنها وضع يد لو استطالت مدته لأكسبت صاحب اليد الحق الذي يدعيه وذلك لعدم انتفاء الإبهام الذي يكتنفها من ناحية تصرف صاحب النافذة وقت فتحها وبعده، ولعدم تحقق وصفي الهدوء وعدم النزاع من الجار. (جلسة ١٩٣٧/٣/١٨ طعن رقم ٣٥ سنة ٦ ق)

(أ) نطاق حق الارتفاق :

يــتحدد نطـــاق الارتفاق بالسبب الذي أنشأه أو بالعرف السائد في الجهة التي يقع فيها العقار[1]. إن نطاق حق الارتفاق يتحدد بما جاء في ســبب إنشـــائه، فإن لم ينص في هذا السبب علي نطاقه، يرجع للعرف المحلـــي للجهـــة التـــي يقع بها العقار، مع مراعاة الأحكام الواردة في نصوص القانون[2].

فـــإذا كـــان ســـند إنشاء الارتفاق هو التصرف القانوني كعقد أو وصـــية، فـــإن هذا التصرف هو الذي يبين نطاقه ويرسم حدوده ويعين مـــداه. وعـــند الشـــك في تحديد مضمون التصرف، فإن القاضي يقوم بتفسيره للكشف عن إرادة الأطراف محاولاً التوفيق بين مصلحة العقار المخدوم ومصلحة العقار الخادم وعدم زيادة الأعباء الملقاة عليه.

وإذا كـــان الارتفـــاق قـــد تم بتخصيص المالك الأصلي، فإن هذا التخصيص هو الذي يبين نطاق حق الارتفاق ومداه .

وبالإضـــافة إلـــى ماسبق، تخضع حقوق الارتفاق كذلك لما جري عليه عرف الجهة، والأحكام التي يتضمنها القانون في هذا الصدد.

ويتضـــمن حـــق الارتفـــاق كل ما هو ضروري لاستعماله، فحق الارتفـــاق بالشـــرب من بئر معينة يتضمن بالضرورة حق المرور في الأرض التي يوجد بها البئر. أي إننا بصدد ارتفاق إضافي يتبع ويكمل الارتفـــاق الأصلي ويرتبط به لأنه لازم لاستعماله ويعد من مستلزماته طبقاً لمقتضيات الأمور.

---

(١) م ١٠١٩ مدنى.

(٢) إن نطاق هذا الارتفاق يتحدد بالتخصيص الذى وقع عليه هذا الاتفاق الضمنى بين المالكين إذ أنه بمثابة السند الذى يبين مدى الارتفاق برسم حدوده. (نقض ٥/٥/٨١ س ٣٢ ص ١٣٧٨)

(ب) استعمال حق الارتفاق :

لمالـــك العقـــار المرتفق أن يجري من الأعمال ما هو ضروري لاستعمال حقه في الارتفاق، وما يلزم للمحافظة عليه، وان يستعمل هذا الحق علي الوجه الذي لا ينشأ عنه إلا أقل ضرر ممكن. ولا يجوز أن يتـــرتب علـــي ما يجد من حاجات العقار المرتفق أية زيادة في عبء الارتفاق[1].

لمالـــك العقـــار المرتفق أن يجري من الأعمال ما هو ضروري لاســـتعمال حقـــه وما يلزم للمحافظة عليه، وأن يستعمله بالقدر اللازم لاســـتيفاء المـــنفعة المقصودة مراعياً أن لا ينشأ عن ذلك ضرر للعقار المرتفق به، وإذا جدت للعقار المرتفق حاجة فلا يجوز أن يترتب عليها زيادة العبء علي العقار المرتفق به.

يخـــول القانـــون صـــاحب العقار المخدوم حق القيام بما هو لازم لاســـتعمال حقـــه والحفاظ عليه، ويلقي عليه، في نفس الوقت التزامات معينة في هذا الصدد.

١ – فهو يستطيع القيام بالأعمال الضرورية لاستعمال حقه . فإذا كـــان لـــه حق الشرب من مكان فقد يقتضي الأمر إقامة آلة عليه لرفع المـــياه، وإذا كنا بصدد حق ارتفاق بالمجري، فإن ذلك قد يتطلب حفر قـــناة تجـــري فـــيها المـــياه، هنا يحق لمالك العقار المخدوم القيام بهذه الأعمال لأنها لازمة لاستعمال حقه .

٢ – ويســـتطيع كذلك القيام بالأعمال اللازمة للمحافظة علي حقه، وذلـــك كـــأن يقوم بتعبيد الطريق ورصفه في حالة الارتفاق بالمرور، ويقوم بتعميق مجري الماء وتدعيم جوانبه في حالة الارتفاق بالمجري، وله إجراء كل الأعمال التي تقتضيها صيانة الجسر الذي يمر من فوقه والآلة التي يروي منها .

---

(١) م ١٠٢٠ مدني.

٣ – لصاحب حق الارتفاق أن يستعمل حقه بالقدر اللازم لاستيفاء المنفعة المقصودة . ومن ثم ينبغي عليه ألا يتجاوز حدود حقه، وذلك كاستعمال الارتفاق لفائدة عقار آخر مجاور، مثال ذلك ري أرض أخري من المياه المقررة طبقاً لحق الشرب . وليس له كذلك أن يزيد في عبء الارتفاق، فحق المرور إلى المسكن يزيد عبئه إذا تحول المسكن إلى مصنع أو نادي رياضي، إذ لا يجوز أن يترتب علي ما يجد من حاجات العقار المرتفق أية زيادة في عبء الارتفاق المحدد في سند إنشائه إلا باتفاق جديد بين الأطراف[1] .

٤ – يجب علي صاحب حق الارتفاق ألا يسيء استعمال حقه علي نحو يسبب أضراراً لصاحب العقار الخادم، فاستعمال الحق والقيام بالأعمال اللازمة له يجب ألا ينشأ عنه إلا أقل ضرر ممكن . وإذا تسبب المرتفق في إحداث ضرر بالعقار المرتفق به أو تجاوز العبء المقرر له فإنه يعتبر متعدياً ويضمن كل ما يترتب علي فعله من ضرر أو نقص . ويتمثل الضمان في إعادة الحالة إلى ما كانت عليه والتعويض الذي يقدره القاضي ان كان له مقتض[2].

---

(1) M. de Juglart, obligation réelle et servitude, P. 305.

(٢) إن حق الارتفاق المكتسب بالتراضي يجب أن يبقي ويستمر بشكله في حدوده التي بدأ بها، فلا يملك أحد من المنتفعين به العبث به أو استعماله في غير مصلحة له أو لمجرد العنت والإساءة الي الغير. ففي دعوي بطلب الحكم بمنع تعرض المدعي عليه للمدعي في صرف مياه أرضه في مصرف معين وإزالة ما به من السدود والعوائق إذا دفع المدعي عليه الدعوى بأن المدعي وان كان له حق الارتفاق بالصرف إلا أنه لم يدع حقه هذا علي حالته وقت التعاقد بل انه غير منه بأن أقام نضاحة علي أطيانه ليستعين بها علي صرف المياه ومادام هو قد فعل هذا فانه يكون من حقه هو أن يمنعه من الصرف بوضع سدود في المصرف – إذا دفع بهذا وحصلت المحكمة من وقائع الدعوى طريقة انتفاع =

(ج) النفقة اللازمة لاستعمال الارتفاق والمحافظة عليه :

"نفقـــة الأعمـــال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه تكون علي مالك العقار المرتفق، ما لم يشترط غير ذلك، فإذا كان مالك العقار المرتفق به هو المكلف بأن يقوم بتلك الأعمال علي نفقته، كان له دائماً أن يتخلص من هذا التكليف بالتخلي عن العقار المرتفق به كله أو بعضـــه لمالـــك العقـــار المرتفق. وإذا كانت الأعمال نافعة أيضاً لمالك العقار به، كانت نفقة الصيانة علي الطرفين، كل بنسبة ما يعود عليه من الفائدة[1].

يتضح من ذلك النص ما يلي :

١ – أن نفقـــة الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة علـــيه تكون، في الأصل، علي مالك العقار المخدوم، لأنه هو المستفيد من هذا الحق، فيجب عليه تحمل نفقات هذه الاستفادة .

٢ – إلا أن هذه القاعدة لا تتعلق بالنظام العام، فيجوز الاتفاق علي مـــا يخالفها في السند المنشئ لحق الارتفاق، وذلك كأن يتم الاتفاق علي تقســـيم تلـــك النفقات بين صاحب حق الارتفاق ومالك العقار الخادم أو علي أن يتحملها الأخير وحده .

الطرفين بحق الارتفاق المقرر باتفاقهما، وتبينت أن المدعي كان هو البادئ بإحداث التغيير في طبيعة هذا الحق بإقامة النضاحة عليه وأن المدعي عليه لم يكن منه الا أن وضع سداً في المصرف أمام أرضه ليحول دون مرور مياه الصـــرف فيه حتي يحمي أرضه من الضرر الذي يلحقها من جراء ذلك، كما استظهرت أن المدعي لم يمض علي انتفاعه بالتغيير الذي أحدثه إلا فترة وجيزة لا تستاهل حماية وضع اليد، وبناء علي ذلك قضت برفض الدعوى فان حكمها يكون مطابقاً للقانون. (جلسة ١٩٤٤/١٢/١٤ طعن ٣٢ سنة ١٤ ق)

(١) م ١٠٢٢ مدني.

٣ – "أما إذا كان هناك خطأ اقتضى إجراء هذه الأعمال، فنفقتها تكـــون علي من ارتكب هذا الخطأ علي سبيل التعويض، فإذا كان الذي ارتكـــب الخطأ هو مالك العقار المرتفق به كانت نفقتها عليه دون حاجة إلـــى اتفاق خاص علي ذلك، وإذا كان هو مالك العقار المرتفق، تحمل نفقـــة هـــذه الأعمال حتي لو كان هناك اتفاق علي أن تكون النفقة علي مالك العقار المرتفق به".

٤ – وإذا كانـــت الأعمـــال نافعة أيضاً لمالك العقار المرتفق به، كانت نفقتها علي الطرفين، كل بنسبة ما يعود عليه من الفائدة. فإذا كان هـــناك ارتفاق بالمرور، وكان كل من مالك العقار الخادم ومالك العقار المخـــدوم يســـتعمل نفس الممر، ويعود عليه من المرور نفس القدر من المنفعة التي تعود علي الآخر، كانت النفقة شركة بينهما أي مناصفة بين المالكين. وإذا كان الارتفاق هو حق الشرب من بئر، وكان مالك العقار المـــرتفق به (الموجودة فيه البئر) يغترف من ماء البئر ضعف صاحب العقار المخدوم، فإن نفقات الأعمال والصيانة تقسم بينهما بنسبة الانتفاع أي بنسبة واحد الي اثنين .

٥ – وإذا كانت نفقات المحافظة علي حق الارتفاق تقع علي عاتق مالك العقار المرتفق به، كان له أن يتخلص من هذا التكليف بالتخلي عن العقار المرتفق به كله أو جزء منه لمالك العقار المرتفق . ويحدث ذلك فـــي حالـــة زيادة النفقات عن قيمة العقار، ويعتبر ذلك تطبيقاً للقواعد العامة في الالتزامات العينية.

(د) دعوي حماية حق الارتفاق :

لصـــاحب حـــق الارتفـــاق حماية حقه بدعوي عينية هي دعوي الإقـــرار بحـــق الارتفاق يطلب فيها تمكينه من استعمال حقه وإزالة ما يعتـــرض هـــذا الاستعمال. ويمكن استعمال دعاوي الحيازة مثل دعوي منع التعرض ودعوي وقف العمل الجديد .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن دعوي الحيازة هي الدعوي التي يقصد منها حماية وضع اليد ممن يعتدي عليه بالغصب أو التعرض

بصـــرف النظر عن أساسه ومشروعيته أما دعوي الملكية فهي الدعوي التـــي ترمي إلي حماية حق الملكية وما يتفرع عنه من الحقوق العينية الأخـــرى كحـــق الارتفاق، والبحث فيها يتناول حتما أساس هذا الحق ومشروعيته . فإذا كان المطعون ضده قد طلب في دعواه ازالة المباني التـــي أقامها الطاعن علي الممر محل النزاع تأسيساً علي ان هذا الممر محمـــل بحق ارتفاق لمصلحة العقار المملوك له وقد ثار النزاع في هذه الدعوي بين الطرفين علي هذا الارتفاق فإنها علي هذه الصورة لا تكون من دعاوي الحيازة وانما من دعاوي الحق[1].

---

(١) نقض ٦٨/٥/٩ س ١٩ ص ٩١٤.

قضاء الحكم المطعون فيه بالتعويض عن الضرر الناشئ عن سلب حيازة حق ارتفاق بالمرور تأسيسًا على ثبوت هذا الحق بالحكم المستعجل الصادر برد حيازته الظاهرة ودون بحث فى أصل الحق وأساسه وانتقاده الحجية فى الدعوى الموضوعية بالتعويض. خلط بين ثبوت الحق وبين مجرد حيازته. أثره. انعدام الأساس القانوني للحكم وقصور فى التسبيب. (الطعن رقم ٨٨٣٥ لسنة ٦٤ق، جلسة ١٩٩٥/١٠/٢٥).

النص في المادة ٤٣ من قانون المرافعات علي أن "تختص محكمة المواد الجزئية كذلك بالحكم ابتدائياً مهما تكن قيمة الدعوى وانتهائياً إذا لم تجاوز قيمتها خمسين جنيهاً فيما يلي: ١- الدعاوى المتعلقة بالانتفاع بالمياه وتطهير الترع والمساقي والمصاريف". ومن بين الدعاوى المتعلقة بالانتفاع بالمياه - الدعاوى المتعلقة بحقوق ارتفاق الري، وإذا كانت الدعوى التي أقامها المطعون ضده ابتداء أمام محكمة دمياط الابتدائية هي بطلب منع تعرض الطاعنين له في الري من المسقي المبينة بصحيفة الدعوى ومن ثم فهي بهذا الوصف تعتبر من الدعاوى المتعلقة بالانتفاع بالمياه التي عنتها المادة ٤٣ سالفة الذكر وتدخل

-

بالتالي في الاختصاص الاستثنائي لمحكمة المواد الجزئية. (نقض ٨١/٤/١٥ س ٣٢ ص ١١٤١)

إذا كان الحكم المطعون فيه قد أورد أن "النص في المادة ٣٠ من قانون المرافعات القديم الذي رفعت الدعوى في ظله جاء صريحاً لا يعوزه اجتهاد في أن الدعاوى المتعلقة بحق ارتفاق تقدر قيمتها بقيمة العقار المقرر عليه حق الارتفاق - وأنه لا يجوز تأويل هذه العبارة إلى أنها ترمي إلى ذلك الجزء من الأرض الذي يستعمل فيه الحق وأنه لو كان هذا صحيحاً لما عني المشرع في القانون المدني الجديد بتعديل النص وجعل أساس التقدير باعتبار ربع قيمة العقار المقرر عليه الحق وليس العقار كله وذلك أسوة بتقدير الدعاوى المتعلقة بحق الانتفاع كما أشارت إلي ذلك المذكرة التفسيرية لهذا القانون " فان هذا الذي قرره الحكم المطعون فيه لا مخالفة. متي كانت الدعوى قد أريد بها نفي حق ارتفاق يدعيه المدعي عليه فإنها تكون من الدعاوى المتعلقة بحق ارتفاق في معني المادة ٣٢ من قانون المرافعات ويتعين تقدير قيمتها طبقاً لنص هذه المادة باعتبار ربع قيمة العقار المقرر عليه الحق، إذ يستوي في اعتبار الدعوى كذلك أن تكون قد رفعت بطلب ثبوت حق ارتفاق أو بطلب نفيه. ولا يغير من اتصاف الدعوى بالوصف المتقدم أن يكون مدعيها قد طلب فيها أيضا غلق المحال التي فتحها المدعي عليه علي الأرض المتنازع علي تقرير حق الارتفاق عليها وإزالة المواسير التي مدها علي هذه الأرض ذلك أن طلبه هذا يعتبر نتيجة مترتبة علي طلبه الأصلي المتضمن نفي حق الارتفاق وبالتالي طلبا تابعاً له، وإذ كان هذا الطلب التبعي مما لا يقبل التقدير بحسب القواعد المنصوص عليها في قانون المرافعات فانه لا يدخل في الحساب عند تقدير قيمة الدعوى

الفرع الثاني

المركز القانوني لمالك العقار المرتفق به

يـتحدد المركز القانوني لمالك العقار المرتفق به بما يفرضه عليه القانون من واجبات وما يقرره له من حقوق.

- "لا يلـزم مالك العقار المرتفق به أن يقوم بأي عمل لمصلحة العقار المرتفق إلا أن يكون عملاً إضافياً يقتضيه استعمال الارتفاق علي الوجه المألوف ما لم يشترط غير ذلك".

- "لا يجـوز لمالـك العقار المرتفق به أن يعمل شيئاً يؤدي إلى الانتقاص من استعمال حق الارتفاق أو جعله أكثر مشقة، ولا يجوز له بـوجه خـاص أن يغير من الوضع القائم أو أن يبدل بالموضع المعين أصلاً لاستعمال حق الارتفاق موضعاً آخر .ومع ذلك إذا كان الموضع الـذي عـين أصلاً قد أصبح من شأنه أن يزيد في عبء الارتفاق، أو أصبح الارتفاق مانعاً من إحداث تحسينات في العقار المرتفق به، فلمالك هـذا العقار أن يطلب نقل الارتفاق إلي موضع آخر من العقار، أو إلى عقار آخر يملكه هو أو يملكه أجنبي إذا قبل الأجنبي ذلك . كل هذا متي كان استعمال الارتفاق في وضعه الجديد ميسوراً لمالك العقار المر تفق بالقدر الذي كان ميسوراً به في وضعه السابق"[1].

وذلك عملا بالمادة ٣٠ من القانون المذكور. (نقض ٦٣/١١/٢٨ ص ١١٢٥ س ١٤)

(١) م ١٠٢١، ١٠٢٣ مدني

حق الارتفاق طبقاً للمادة ١٠١٥ من القانون المدني هو خدمة يؤديها العقار المرتفق به للعقار المرتفق فيحد من منفعة الأول ويجعله مثقلاً بتكليف لفائدة الثاني، وهو وان لم يحرم مالك العقار الخادم من ملكه إلا انه يوجب عليه ألا يمس في استعماله لحقوق ملكيته بحق الارتفاق . فلا يعوق استعماله أو ينقصه =

يمكـــن، علي ضوء تلك النصوص، تحديد المركز القانوني لمالك العقـــار، من خلال بيان ما يفرضه عليه القانون من واجبات وما يقرره له من حقوق، ويتمثل ذلك فيما يلي:

(أ) الامتناع عن أي عمل ينقص من الارتفاق أو يجعله أكثر مشقة :

يلتزم مالك العقار المرتفق به بألا يأتي أي عمل من شأنه أن يؤدي إلـــي الانتقاص من الارتفاق أو جعله أكثر مشقة. ويجب عليه ألا يعوق اســـتعمال هـــذا الحق[1]. فليس له أن يضع بالطريق أشياء أو أبنية أو

أو يجعله أكثر مشقة، ومع ذلك فقد أجازت له المادة ١٠٢٣ من القانون المدني في حالة ما إذا كان الموضع الذي عين أصلا لاستعمال حق الارتفاق قد أصبح من شأنه أن يزيد في عبء الارتفاق أو أصبح الارتفاق مانعاً من إحداث تحسينات في العقار المرتفق به، أن يطلب نقل الارتفاق إلى موضع آخر . متي كان استعمال الارتفاق في وضعه الجديد ميسوراً لمالك العقار المرتفق بالقدر الذي كان ميسوراً به في وضعه السابق. (نقض ٧٦/١١/٩ س ٢٧ ص ١٥٤٨)

(١) لقاضي الموضوع السلطة التامة في تفسير المشارطات علي وفق الغرض الذي يظهر أن العاقدين قد قصداه مهما كان المعني اللغوي للألفاظ المستعملة – مع مراعاة ما يقتضيه نوع المشارطة والعرف الجاري، فله – اعتماداً علي شروط عقد البيع ومفهوم مقصود العاقدين منها أن يقضي بأن إنشاء بلكون من حديد مفرغ في طبقة ثانية من منزل لا يعتبر بناء معطلاً لحق ارتفاق الجار المرتفق بالمطل والنور والهواء . (الطعن ٣١ لسنة ٢ ق – جلسة ١٠/٢٧/ ١٩٣٢)

تمسك مالك العقار المرتفق به بأن البناء الذى أقامه لا يمثل اعتداء على حق الارتفاق بالمطل المقرر للعقار المرتفق. افتراض الحكم هذا الاعتداء من مجرد البناء مع انتفاء التلازم الحتمى بينهما دون أن يقيم الدليل على الاعتداء أو يبين =

مزروعات من شأنها إعاقة المرور، إذا كنا بصدد ارتفاق بالمرور. وفي حالة الارتفاق بالشرب من بئر معينة، لا يجوز لصاحب العقار المرتفق بـــه (الموجودة به البئر) أن يسحب الماء من بئر مجاور علي نحو يقلل مـــياه البئـــر التـــي عليها الارتفاق ويصبح الاغتراف منها أكثر مشقة وصعوبة.

وإذا أتي المالك أي عمل يعوق استعمال حق الارتفاق بأن ينتقص من هذا الاستعمال أو يجعله أكثر مشقة، التزم بإعادة الحالة إلي ما كانت عليه، أو بالتعويض إن كان له مقتض[1].

المصدر الذى استقاه منه. فساد فى الاستدلال وقصور. (الطعن رقم ٩٣٤ لسنة ٦٣ق، جلسة ١٩٩٤/١٢/١)

(١) الحق في التعويض لا يترتب إلا حيث يكون هنالك إخلال بحق أو مصلحة مالية للمضرور . فإذا كان الثابت أن المطعون ضده قد أقام دعواه علي أساس وجود حق ارتفاق بالري لأرضه علي أرض الطاعنين وذلك عن طريق مسقاة تمر في أرضهم لدي أطيانه فقاموا بهدم هذه المسقي مما ترتب عليه تلف زراعته وهو ما طالب بالتعويض عنه في الدعوى. وكان الطاعنون قد أنكروا علي المطعون ضده حق الارتفاق الذي ادعاه . فانه يتعين علي محكمة الموضوع التحقق من وجود حق الارتفاق الذي ادعي المطعون ضده الإخلال به حتى يحق له طلب التعويض فإذا أقامت المحكمة قضاءها بالتعويض علي ما ذهبت إليه في الحكم المطعون فيه من أن للمطعون ضده الحق في إنشاء مجري علي أرض الطاعنين طبقاً للمادة ٣٣ من القانون المدني الملغي والمادة التاسعة من لائحة الترع والجسور . والمادة ٨٠٩ من القانون المدني والمادة ١٦ من القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥٣ في شأن الري والصرف وذلك رغم اختلاف هذا الحق عن حق الارتفاق الذي جعله المدعي أساساً لطلب التعويض وذلك من =

(ب) عدم الالتزام بأي عمل لمصلحة العقار المرتفق :

لا يلتـــزم مالك العقار المرتفق به بالقيام بأي عمل لمصلحة العقار المـــرتفق، وذلـــك باســـتثناء ما يقتضيه استعمال الارتفاق علي الوجه المألـــوف، لأن التـــزامه تجاه حق الارتفاق هو في الأصل التزام سلبي بالامتـــناع عن إعاقة استعمال هذا الحق، وليس التزاماً إيجابياً في القيام بأعمال معينة .

ويجوز الاتفاق، مع ذلك، علي إلزام مالك العقار المرتفق به بالقيام بـــبعض الأعمـــال وحـــده أو بالاشتراك مع صاحب الارتفاق، كصيانة الطـــريق أو المجري أو المصرف. ويلاحظ إننا نوجد هنا بصدد عمل إضافي تابع واستثنائي يجب الاتفاق عليه صراحة.

(ج) حق الاشتراك في استعمال الارتفاق :

يســـتطيع صـــاحب العقار المرتفق به أن يقوم علي عقاره بأعمال مماثلة لما يخوله الارتفاق الوارد عليه، كالاشتراك في استعمال الممر أو ري أرضه من المجري، أو صرف المياه الزائدة في المصرف، بشرط ألا يعـــوق ذلـــك حق الارتفاق، هذا مع الالتزام بالمشاركة في النفقات اللازمة لصيانته وحفظه.

(د) إمكانية تغيير موضع الارتفاق :

لا يجـــوز لمالـــك العقـــار المرتفق به أن يغير من الوضع القائم للارتفـــاق، أو أن يبدل بالموضع المعين أصلاً لاستعمال حق الارتفاق موضـــعاً آخر، فلا يجوز تغيير شكل الارتفاق أو مكانه إلا بالاتفاق بين مالكي العقارين المرتفق والمرتفق به، فلا يستطيع أي منهما أن يجري أي تغيير في الارتفاق بإرادته المنفردة .

حيث طبيعتهما ومصدرهما وكيفية كسبهما فإنها بذلك تكون قد غيرت أساس الدعوى من تلقاء نفسها وبذلك صار حكمها مشوباً بالقصور ومخالفاً للقانون. (الطعن ٤٠ لسنة ٣١ ق جلسة ٦٥/١١/١١ س ١٦ ص ١٠٤٣)

إلا أن هذه القاعدة يرد عليها استثناء مؤداه : يستطيع مالك العقار الخادم أن يطلب تغيير الموضع الأصلي لاستعمال حق الارتفاق . وللقاضي أن يأمر بذلك إن كان من شأنه تحقيق المصلحة للعقار الخادم، وبشرط أن يكون استعمال الارتفاق الجديد بنفس اليسر الذي كان للارتفاق السابق[1].

ومن أمثلة الحالات التي يترتب علي نقل الارتفاق تحقيق مصلحة لمالك العقار الخادم:

١ - إذا كان الموضع الذي عين له أصلاً من شأنه أن يزيد في عبء الارتفاق.

٢ - إذا أصبح الارتفاق مانعاً من أحداث تحسينات في العقار المرتفق به وذلك كما في حالة وجود ارتفاق بالمرور علي أرض يرغب صاحبها في إحاطتها بأسوار أو إقامة أبنية معينة عليها تتعارض مع وجود الممر بها. هنا يحق للمالك أن يطلب نقل الارتفاق إلى موضع

---

(١) يجب في حق الارتفاق التبعي أن يكون ضرورياً للانتفاع بحق الارتفاق الأصلي وبالقدر اللازم لتوافر هذا الانتفاع . وإذا كانت المادة ١٠٢٣ من القانون المدني التي قننت ما كان مقرراً في ظل القانون المدني القديم - قد أجازت في حالة ما إذا كان الموضع الذي عين أصلاً لاستعمال حق الارتفاق قد أصبح من شأنه أن يزيد في عبء الارتفاق أو أصبح مانعاً من إحداث تحسينات في العقار المرتفق به، أن يطلب مالك هذا العقار نقل الارتفاق إلى موضع آخر متي كان استعمال الارتفاق في وضعه الجديد ميسوراً لمالك العقار المرتفق بالقدر الذي كان ميسوراً في وضعه السابق فإنه يتأدي من ذلك جواز تعديل حق الارتفاق الأصلي في الأحوال المبينة بالمادة ١٠٢٣ مدني سالفة الذكر ومن باب أولي جواز تعديل حق الارتفاق التبعي في تلك الأحوال كذلك . (نقض ١٢/١٤/ ٦١ س ١٢ ص ٧٨٦)

آخـــر مـــن العقار، أو إلى عقار آخر يملكه هو أو يملكه أجنبي إذا قبل الأجنبـــي ذلـــك، كل هذا متي كان استعمال الارتفاق في وضعه الجديد ميســـوراً بـــه في وضعه السابق. ويتحمل نفقات الارتفاق مالك العقار الخـــادم لأنه صاحب المصلحة في هذا النقل. ويجب علي صاحب حق الارتفاق أن يقبل نقل الارتفاق وإلا أمر القاضي بنقله رغماً عنه .

(هـــ) مراعاة قيود الملكية والشركة والجوار :

تراعي في الارتفاق الأحكام الخاصة بالقيود التي ترد علي الملكية وحقـــوق الجـــوار المشتركة . لما كان الارتفاق فرع من حق الملكية، وكـــان القانـــون قد نص علي قيود ترد علي الملكية للمصلحة، وحقوق الجوار والشركة، فان هذه القيود والحقوق يجب أن تراعي في استعمال حق الارتفاق تبعا.

(و) حق مالك العقار الخادم في مباشرة سلطات ملكيته:

تعبـــر محكمـــة النقض عن ذلك بقولها : حق الارتفاق هو خدمة يـــؤديها العقار المرتفق به للعقار المرتفق فيحد من منفعة الأول ويجعله مـــثقلاً بتكليف لفائدة الثاني. وهو وان لم يحرم مالك العقار الخادم من ملكيـــته إلا أنه ينتقص من نطاقها فيحرمه من القيام بأعمال في عقاره كـــان له الحق في أن يقوم بها لولا وجود حق الارتفاق، كما أنه يوجب علـــيه ألا يمـــس فـــي استعماله لحقوق ملكيته بحق الارتفاق فلا يعوق استعماله أو ينقصه أو يجعله اكثر مشقة[1].

وقضت أن حق الارتفاق هو خدمة يؤديها العقار المرتفق به للعقار المـــرتفق فـــيحد من منفعة الأول ويجعله مثقلاً بتكليف لفائدة الثاني ولا يتـــرتب علـــي ذلـــك حرمان مالك العقار الخادم من ملكه فيجوز له أن يباشر حقوقه عليه من استعمال واستغلال وتصرف وكل ما يجب عليه هـــو ألا يمس في استعماله لحقوق ملكيته بحق الارتفاق، فإذا أخل بهذا

---

(١) نقض ١٠/٥/٧٧ س ٢٨ ص ١١٥٨.

الالتــزام، الزم بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، وبالتعويض إن كان له مقتضـــى، ومـــؤدي ذلك أن تصرف المالك في العقار المرتفق به يقع صـــحيحاً ولا يجوز لمالك العقار المرتفق طلب إبطاله أو محو تسجيله، وإذ التـــزم الحكـــم المطعون فيه هذا النظر وانتهي صحيحاً إلى رفض طلب الطاعن محو تسجيل عقدي البيع اللذين باع المطعون عليه الأول بموجـــبهما الأرض المثقلة بحق ارتفاق لفائدة الأرض المملوكة للطاعن فانه يكون قد صادف صحيح القانون(١).

المطلب الرابع

انتهاء حق الارتفاق

رأيـــنا أن حـــق الارتفـــاق يمكن أن ينتهي بصفة جزئية في حالة تجزئة العقار المرتفق أو العقار المرتفق به . وينتهي كذلك بانتهاء أجله أو بزوال محله، أو باتحاد الذمة، أو بتعذر استعماله، أو بتنازل صاحبه عـــنه، أو بزوال الفائدة منه، أو بعدم استعماله(٢) ونعرض لتلك الأسباب علي التوالي:

(أ) انقضاء الأجل المعين :

تنتهـــي حقـــوق الارتفـــاق بانقضاء الأجل المعين. ينقضي حق الارتفاق إذا كان قد اتفق علي مدة محددة له وانتهت هذه المدة. فبالرغم

---

(١) الطعن ٥٧٢ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٨٧/٤/٨.

حق الارتفاق. ماهيته. تكليف ينقل العقار المرتفق به وينتقص من نطاق ملكيته لفائدة العقار المرتفق. عدم حرمان مالك العقار الخادم من مباشرة حقوقه على ملكه. شرطه. عدم المساس بحق الارتفاق. مخالفة ذلك. أثره. التزامه بإعادة الحال إلى ما كانت عليه مع التعويض كان له مقتض. (الطعن رقم ٩٣٤ لسنة ٦٣ق، جلسة ١٩٩٤/١٢/١)

(٢) م ١٠٢٦: ١٠٢٩ مدنى.

من أن حق الارتفاق متفرع عن حق الملكية، إلا أنه ليس له صفة الدوام التي لهذا الحق، ويقبل التوقيت، ويجوز الاتفاق في السند المنشئ للارتفاق علي تحديد أجل معين له، إذ يمكن أن يضاف إلي أجل فاسخ ينتهي بحلوله.

(ب) هلاك أحد العقارين :

تنتهي حقوق الارتفاق بهلاك العقار المرتفق به أو العقار المرتفق هلاكاً تاماً . ينقضي حق الارتفاق بزوال محله، أي إذا تلف أو زال العقار المحمل بالارتفاق نهائياً، فلا يبقي ما يقع عليه الارتفاق من ملك الغير المحمل به، ويزول الارتفاق تبعا لذلك، كأن يجرف السيل الأرض.

ولا يقتصر انقضاء حق الارتفاق علي حالة هلاك العقار المرتفق به، بل ينقضي كذلك بهلاك العقار المرتفق هلاكاً تاماً. فمثلاً إذا كان العقار المرتفق بناء له حق المطل علي أرض الجار، فإن هذا الارتفاق ينتهي إذا تهدم البناء[1]، أما إذا جدد البناء عاد حق الارتفاق .

---

(١) إذا كان الحكم المطعون فيه قد عرض إلى مصدر حق الطاعن محل النزاع بقوله أن منشأ هذا الحق هو عقد شرائه للعقار المجاور وقد نص فيه علي حق الركوب وانتهي في تكييفه لهذا الحق من واقع مصدره وما صرحت به هيئة التصرفات بمحكمة مصر الابتدائية الشرعية من إجراء فتحتين في حوائط الدكان وفتح ثقب في سقفه ليتمكن المستأجر من سلف الطاعن من الوصول إلى شقته بالملك المجاور إلى انه حق ارتفاق مستنداً إلى مبررات ساقها ومن شأنها أن تؤدي إلى النتيجة التي انتهي إليها ورتب علي ذلك انتهاء حق الارتفاق بهدم العقار الخادم طبقاً للمادة ١٠٢٦ من القانون المدني، وما قاله الحكم من ذلك صحيح ولا مخالفة فيه للقانون. (نقض ٧٤/١٢/٩ س ٢٥ ص ١٣٧٣)

ويلزم لانقضاء حق الارتفاق أن يكون هلاك أي من العقارين تاماً ونهائـياً . فـإذا كان الهلاك جزئياً، فإن الارتفاق يظل قائماً فيما يتعلق بالجزء المتبقي. لأن حق الارتفاق لا يتجزأ كما رأينا. ولا بد أن يكون الهلاك نهائياً لأن الارتفاق يعود من جديد بعودة العقار في حالة الهلاك المؤقت. والهلاك قد يكون مادياً وقد يكون قانونياً، كنزع ملكية أي من العقارين للمنفعة العامة[١].

(ج) اجتماع العقارين في يد مالك واحد :

تنتهي حقوق الارتفاق باجتماع العقارين في يد مالك واحد، إلا أنه إذا زالـت حالـة الاجتماع هذه زوالا يرجع أثره الي الماضي فإن حق الارتفاق يعود .

---

(١) متي كان الحكم المطعون فيه بعد أن رد علي دفاع الطاعن باكتساب حق المطل قبل إنشاء المدرسة الإعدادية بأنه غير مجد في النزاع استناداً إلى أن حق الارتفاق ينتهي بهلاك العقار المرتفق به هلاكاً مادياً أو قانونياً – ألا أن يكون وجوده غير متعارض مع تخصيص العقار للنفع العام خلص إلى أنه سواء صح ما يدعيه المستأنف – الطاعن – من أنه اكتسب حق المطل بالتقادم أو لم يصح فلا محل لمطالبته بتثبيت ملكية له علي الأساس المذكور، إذ الثابت ان الفتحات تطل حالياً علي مال خصص للنفع العام " حديقة لمدرسة إعدادية" وكان هذا الذي قرره الحكم لا يكفي لمواجهة دفاع الطاعن، ذلك أنه فضلاً عن أنه لم يناقش قوله أن العقار المملوك له لا يطل مباشرة علي المدرسة سابقة الذكر وإنما يفصله عنها من الناحية القبلية ارض فضاء وشارع بعرض عشرة أمتار – فانه لم يبين أوجه التعارض بين استعمال حق المطل الذي يدعيه الطاعن وبين الاستعمال الذي خصص له عقار المطعون عليها كمدرسة إعدادية للبنين ومن ثم يكون معيبا بالقصور. (نقض ١٩٧٤/١/٣١ س ٢٥ ص ٢٧٢)

ينقضـــي الارتفـــاق باجتماع العقارين في يد مالك واحد أي باتحاد الذمـــة، لأن الارتفاق يقتضي اختلاف الملكية، أي أن يكون مالك العقار الخـــادم غيـــر مالك العقار المخدوم. ويتم اتحاد الذمة إذا تملك صاحب العقـــار المرتفق العقار المرتفق به، أو تملك صاحب العقار المرتفق به العقار المرتفق. وتجتمع ملكية العقارين في يد مالك واحد بأي سبب من أسباب كسب الملكية، كالعقد أو الوصية أو الميراث أو الالتصاق.

إلا أن الارتفـــاق يعـــود مـــن جديد إذا عادت العقارات إلى ملكية الشخصـــين المختلفين مرة أخري. أي أن الارتفاق يعود إذا زال سبب اتحاد الذمة، وعادت ملكية أحد العقارين إلى صاحبها . ويتحقق ذلك إذا تـــم إبطـــال أو فســـخ السبب الذي آل به العقاران إلى مالك واحد، لأن السبب في زوال الارتفاق زال فيعود من جديد لانتفاء سبب زواله كعقد قام ثم فسخ . مثال ذلك شراء صاحب العقار المخدوم للعقار الخادم، ثم يـــتم إبطـــال عقد البيع وتعود ملكية العقار إلى البائع، فيعود معها حق الارتفاق.

(د) تعذر استعمال الارتفاق :

ينتهي حق الارتفاق إذا تغير وضع الأشياء بحيث يصبح في حالة لا يمكـــن فيها استعمال هذا الحق . ويعود إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه استعمال الحق، إلا أن يكون قد انتهي بعدم الاستعمال[1].

---

(1) م ١٠٢٨ مدني

إن مجرد تعديل حالة الأمكنة أو طبيعة الأعمال المعدة لضمان استعمال الارتفاق لا يترتب عليه قانوناً زوال حق الارتفاق إذا كان ذلك لم يتناول إلا طريقة الاستعمال فقط ولم يتعداها إلى الحق نفسه. (جلسة ١٩٤١/٤/٢٤ طعن رقم ٨ سنة ١١ ق)

يتضــح من ذلك أنه ينقضي حق الارتفاق إذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح في حالة يتعذر فيها استعمال هذا الحق . ويمكن أن يطرأ التغيير علي العقار المخدوم، كما لو تحولت الأرض الزراعية المخدومة بحق ارتفاق بالمجري أو بالمسيل إلى أرض مباني . وقد يطرأ التغيير علــي العقــار الخــادم كما لو نضبت مياه البئر المقرر عليها الارتفاق بالشــرب. ونفس الحال إذا فرق السيل الطريق بالماء، فإن حق المرور ينقضي. إلا إذا زالت العوائق التي تحول دون استعمال الارتفاق، أي إذا عــادت الأشياء إلى وضع يمكن معه استعمال الحق، فان الارتفاق يعود مــن جديــد، لأن زواله كان مؤقتاً ويعود إذا عاد العقار الذي تغير إلى حالــته الأولــي، كما إذا أعيدت الأرض للزراعة، ورجعت مياه البئر، وجف ماء السيل وصلح الطريق .

(هـ) تنازل صاحب الارتفاق عن حقه :

ينقضــي حــق الارتفــاق إذا نزل عنه صاحبه بإرادته المنفردة، صــراحة أو ضمناً، وتستخلص محكمة الموضوع التنازل الضمني من ظــروف ووقائع الحال[1]. وينتهي الارتفاق بمجرد تنازل صاحبه عنه

- تنص الفقرة الأولي من المادة ١٠٢٨ من القانون المدني علي أن حق الارتفاق ينتهي إذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح في حالة لا يمكن فيها استعمال هذا الحق ومن ثم فإذا كان الثابت من الأوراق أن منزل الطاعن – الذي كان مقرراً لصالحه حق ارتفاق المطل – قد هدم وأعيد بناؤه بوضع أصبح معه لا يحتوي علي مطلات أو مناور وأصبح في حالة لا يمكن معها استعمال حق المطل وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه علي أساس زوال ذلك الحق فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون. (نقض ٦١/١٢/١٤ س ١٢ ص ٧٨٦)

(١) التنازل الصريح هو الذي يصدر من صاحبه في عبارة واضحة تدل علي ذلك ولا تحتمل التأويل . وإذ كانت العبارة التي وردت في عقد شراء سلف الطاعن =

من أن العقار خال من أي حق من حقوق الارتفاق لم تصدر من سلف المطعون ضده – مدعي حق الارتفاق – وكل ما يمكن نسبته إلى ذلك السلف في هذا الصدد أنه وقع كشاهد علي العقد المتضمن لها، دون إجازة صريحة لما ورد فيه . وهذا لا يعني أنه قد تنازل صراحة عن حق الارتفاق المقرر لمنزله علي العقار موضوع العقد، وكان التنازل الضمني عن حق الارتفاق قد نفاه الحكم بما له من سلطة تقديرية في استخلاص القرائن متي كان استخلاصه سائغا بما قاله من أن عدم اعتراض سلف المطعون ضده علي تعدي الطاعن لا يسقط حقه، وان ليس في الأوراق ما يفيد تنازله عن هذا الحق، وهو منه سائغ ومقبول، فإن النعي عليه بالخطأ في تطبيق القانون يكون علي غير أساس. (نقض ٧٥/١/٨ س ٢٦ ص ١٤٠)

تحصيل محكمة الموضوع من عقد البيع المسجل المبرم بين الطرفين ومن باقي الأوراق، أن إرادة الطرفين قد اتجهت إلى التنازل عن حق الارتفاق بالمطل المقرر للعقار المبيع للطاعنة علي عقارات المطعون عليهم، ولم تخرج في تفسيرها هذا علي المعني الظاهر لعبارة العقد، وأوضحت الاعتبارات المبررة لذلك ثم أعملت اثر هذا التنازل في النزاع المطروح لا علي أساس قواعد الاشتراط لمصلحة الغير واستفادة المطعون عليهم من عقد لم يكونوا طرفاً فيه. وإنما علي أساس تفسير لعقد البيع الذي تستند إليه الطاعنة في إثبات ملكيتها، وعلي أن التنازل الذي انطوي عليه ينتج أثره بالإرادة المنفردة للمتنازل ولا يحتاج إلى قبول فلا يلزم أن يكون المتنازل له طرفاً في المحرر المثبت له، إذا كان ذلك فان النعي علي الحكم المطعون فيه بالقصور ومخالفة القانون يكون علي غير أساس. (نقض ٧٠/١/١٥ س ٢١ ص ١١٢)

دون حاجـــة إلـــى قـــبول مالك العقار المرتفق به، إلا أنه يلزم إعلان صاحب العقار الخادم بهذا التنازل .

وقـــد قضـــي بأن التنازل عن حقوق الارتفاق كما يكون صريحاً يجوز أن يكون ضمنياً إذ القانون لم يشترط لتحققه صورة معينة . فمتي كانت المحكمة قد استخلصت هذا التنازل الضمني استخلاصاً سائغاً من مقدمات تؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها فعلاً فلا معقب عليها في ذلك لتعلقه بتقدير موضوعي من سلطتها المطلقة.

إن التنازل سواء كان صريحاً أو ضمنياً يعتبر ملزماً للمتنازل بما يمـــنعه مـــن توجـــيه طلبات إلى المتنازل إليه تنطوي علي إنكار لهذا التـــنازل . ولا يغيـــر من ذلك أن يكون التنازل مما يجب تسجيله إذ لا

- يجوز التنازل عن حقوق الارتفاق، وقد يكون هذا التنازل صريحاً أو ضمنياً والقانون لا يشترط لتحققه صورية معينة، فإذا كان الثابت بتقريرات الحكم المطعون فيه أن الشركة الطاعنة أقامت دعواها بالتعويض والإزالة تأسيساً علي أن قيود البناء الواردة في شروط البيع هي حقوق ارتفاق عينية مقررة علي قطعة الأرض محل عقد المطعون عليه لمنفعة باقي القطع فى المنطقة، واستخلص الحكم تنازل الطاعنة الضمنى عن حقوق الارتفاق المقررة على عقار المطعون عليه بشروط البيع من تجاوزها عن مخالفات كثيرة لقيود البناء المقررة على العقارات الأخرى بالمنطقة ومن تنازل الجيران الملاصقين لعقار المطعون عليه صراحة عن هذه الحقوق. فإن استخلاص الحكم للتنازل على هذا النحو هو استخلاص سائغ تؤدى مقدماته إلى النتيجة التى انتهى إليها ويترتب عليه أن يصبح المطعون عليه فى حل من الالتزام بحقوق الارتفاق المقررة على عقاره لانتفاء سبب هذا الالتزام والحكمة منه. ولا عبرة فى هذا الخصوص بالأسباب التى دعت الشركة إلى التنازل لبعض الملاك عن هذه الارتفاقات. (نقض ١٤/١١/٦٧ س ١٨ ص ١٦٦٨)

يتــرتب علـــي عدم التسجيل سوي تراخي زوال الحق العيني المتنازل عـــنه. فـــإذا كان الطاعنان قد أقاما دعواهما بطلب تعويض عن مخالفة المطعـــون عليه لقيود البناء وذلك بعد أن كانا قد تنازلا عن هذه القيود ضمنياً - علي ما حصله الحكم المطعون فيه مما يعتبر معه هذا الطلب إنكـــاراً منهما للتنازل الصادر من جانبهما، فان الحكم المطعون فيه إذا اعتد بهذا التنازل ورتب عليه آثاره لا يكون مخالفا للقانون(١).

وقضـــى بأنه لا يتم التنازل عن حق الارتفاق وفقًا للقانون إلا إذا كـــان هذا التنازل قد حصل شهره وفقا للقانون العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الـــذى حصل التنازل وقت سريانه، وإذن فإنه يكون غير منتج النعـــى علـــى الحكـــم بعدم الاعتداد بتنازل المشترى عن حق الارتفاق المقـــرر للعين المشفوع بها متى كان هذا التنازل لم يشهر سواء حصل قبل رفع دعوى الشفعة أم بعد رفعها(٢).

وقضـــى بأن التنازل عن حقوق الارتفاق كما يكون صريحًا يجوز أن يكـــون ضـــمنيًا، إذ القانـــون لـــم يشترط لتحققه صورة معينة. فإذا استخلصت المحكمة هذا التنازل من أن الجار الذى يطالب جاره باحترام شـــروط عقده وقيوده قد خالف هو الآخر شروط عقد شرائه وقيوده كما خالفها كثير من سكان هذا الحى مما يقوم معه العذر فى الاعتقاد بسقوط تلك الحقوق، فإنها تكون قد استخلصت هذا التنازل استخلاصًا سائغًا من وقائـــع تـــؤدى إليه. ولا يكون على حكمها معقب فى ذلك لتعلقه بأمر موضوعى(٣).

---

(١) نقض ٢٨/٥/٦٤ س ١٥ ص ٧٥٨.

(٢) نقض ١٩٥٥/١١/١٧ الطعن رقم ١١٧ لسنة ٢٢ق.

(٣) نقض ١٩٥٣/٤/٢٢ طعن رقم ٧٠ سنة ٢١ق.

(و) زوال الفائدة من الارتفاق:

لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه، إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق، أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به[1].

ينقضـــى حـــق الارتفـــاق إذا زالت الفائدة منه، كأن يكون العقار المـــرتفق أرضًا زراعية تروى من مجرى يمر فى أرض للغير ثم ينشأ صـــاحب الأرض بئـــرًا فيها ويستغنى بمائه عن الماء الذى يجرى فى أرض غيـــره، فلـــم تعـــد للمجرى فى ارض غيره فائدة. وكما إذا كان الارتفـــاق حق مرور وانفتحت للعقار المرتفق سبل أخرى إلى الطريق العام أقرب وأيسر.

وينتهـــى حق الارتفاق كذلك إذا أصبحت فائدته محدودة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به، كأن يصبح الماء المستخرج قليلاً وما يمر منه فى المجرى الذى يشغل جزءًا كبيرًا من أرض الغير لا يكفـــى لإصـــلاح الأرض المرتفقة وزراعتها. ومثال ذلك أيضًا شق طريق عام بجوار الأرض، فيصبح حق المرور المقرر لها على أرض الجار من الجانب الآخر غير ذى أهمية.

فـــى هذه الحالة يجوز لصاحب الأرض المرتفق بها (الخادمة) أن يلجـــأ إلى القضاء لإزالة الارتفاق مراعاة للمصلحة والعدالة، وقد يحكم

---

(١) م ١٠٢٩ مدني

مفاد نص المادة ١٠٢٩ من القانون المدني ان حق الارتفاق يجوز التحرر منه إذا فقد كل منفعة للعقار المرتفق أو أصبحت فائدته محدودة لا تتناسب البتة مع العبء الذي يلقيه علي العقار المرتفق به، ففي هذه الحالة يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يطلب التخلص من حق الارتفاق وتحرير عقاره منه ولو دون موافقة صاحب العقار المرتفق. (الطعن ٥٦ لسنة ٦٠ ق - جلسة ١٠/٢١/ ١٩٩٠)

القاضـــى لصـــاحب الارتفاق بتعويض عادل مع إنهاء حق الارتفاق أو يـــرفض طلـــب إنهاء الارتفاق لما يراه من المصلحة. وللقاضى سلطة تقديـــرية فـــى هذا الصدد حيث يقدر ما إذا كان الارتفاق قد فقد منفعته كلـــية، وأصـــبحت منفعته محدودة، ويحكم بزوال الارتفاق أو بالإبقاء علـــيه، وذلـــك بعـــد الموازنة بين المصلحتين، مصلحة صاحب العقار الخادم، وصاحب العقار المخدوم.

ويحكـــم القاضى بالتعويض لصاحب حق الارتفاق فى حالة الحكم بزواله دون رضاء صاحبه إذا أصبحت منفعته محدودة، أما إذا انعدمت فائدة الارتفاق، فإنه يقضى بزواله دون استحقاق صاحبه أى تعويض.

(ز) عدم استعمال حق الارتفاق (التقادم):

تنتهـــى حقوق الارتفاق بعدم الاستعمال مدة خمس عشر سنة، فإذا كـــان الارتفـــاق مقررًا لمصلحة عين موقوفة كانت المدة ثلاثًا وثلاثين ســـنة. وكما يُسقط التقادم حق الارتفاق ، يجوز كذلك بالطريقة ذاتها أن يُعـــدل مـــن الكيفية التى يُستعمل بها. وإذا ملك العقار عدة شركاء على الشيوع، فانتفاع أحدهم بالارتفاق يقطع التقادم لمصلحة الباقين، كما أن وقـــف الـــتقادم لمصـــلحة أحد هؤلاء الشركاء يجعله موقوفًا لمصلحة سائرهم[1].

---

(١) م ١٠٢٧ مدنى.

المقرر قانونًا بالمادة ١٠٢٧ من القانون المدنى انتهاء حق الارتفاق بعدم استعماله مدة خمس عشرة سنة. (نقض ٨٣/١١/٣ س ٣٤ ص ١٥٥٤)

لا تزول يد صاحب الحق على العين بمجرد سكوته عن الانتفاع بها، بل يجب لذلك أن تكون قد اعترضتها يد للغير تتوافر فيها الشروط القانونية. فإذا كان صاحب الارتفاق على مروى لم يستعمل حقه فى الرى منها منذ عشر سنوات فإن مجرد هذا الترك للاستغناء لا يكون له تأثير فى وضع يده عليها. وإذن

-

يتضح من ذلك الأحكام الآتية:

أولاً: يخضـــع حــق الارتفاق، بجميع أنواعه، إلى التقادم المسقط، فهــو يســقط بعدم استعماله مدة خمس عشرة سنة، وإذا كان الارتفاق مقررًا لمصلحة عين موقوفة، كانت المدة ثلاثًا وثلاثين سنة.

ثانيًا: يبدأ حساب مدة التقادم من الوقت الذى يقع فيه آخر عمل من أعمال الاستعمال . وينقطع التقادم بمعاودة الاستعمال. كما ينقطع ويقف سريانه بالأسباب ذاتها التى تسرى على التقادم المسقط فى الالتزامات.

فمحاولة صاحب الأرض التى تمر فيها المروى إقامة سور عليها تعد تعرضًا ليد صاحب الارتفاق معطلاً لحقه. (نقض ١٩٤١/٢/١٣ طعن رقم ٧٧ س ١٠ ق).

إذ كانت الطاعنة قد تمسكت فى جميع مراحل الدعوى بأنه قد مضى على إقامة المبنى محل النزاع ما يزيد على خمس عشرة سنة سابقة على رفع الدعوى بما يسقط حق المطعون ضدها فى إقامتها ودللت على ذلك بورودها ضمن كتاب المشتملات الرسمي فى سنة ١٩٦٣ وبعدم صحة ما نسب إليها من بنائها فى سنة ١٩٧٨ بدليل الحكم ببرائتها فى الجنحة التى أقيمت عليها فى هذا الخصوص وهو دفاع جوهرى يتغير بثبوته وجه الرأى فى الدعوى، ولا يكفى لدحضه ما ورد بتقرير الخبير الذى أحال إليه الحكم المطعون فيه من أن ما ورد بكشف الجرد سنة ١٩٦٣ كان حجرة واحدة ومرحاضًا بينما الموجود حاليًا غرفتان، الغرفة الثانية تعلو الأولى، ذلك أن حق الارتفاق يتعطل استعماله منذ إنشاء الحجرة السفلى والمرحاض بغض النظر عن تاريخ تعديل أو تعلية البناء. وكان الحكم المطعون فيه لم يعرض لهذا الدفاع الجوهرى فإنه يكون معيبًا بالقصور. (نقض ٨٣/١١/٣ س ٣٤ ص ١٥٥٤)

ثالـــثًا: إذا كـــان العقار المرتفق مملوكًا على الشيوع لعدة شركاء، وقـــام أحـــدهم بالانـــتفاع بحق الارتفاق، أو قطع التقادم، فإن ذلك يفيد الباقين، فيقطعه بالنسبة إليهم أيضًا. كما أن وقف التقادم لمصلحة أحدهم يفيد الباقين.

رابعًا: كما أن عدم الاستعمال يؤدى إلى سقوط حق الارتفاق، فإنه يؤدى أيضًا إلى تعديل الكيفية التى يستعمل بها، وذلك فى عدة فروض:

١- يؤدى الاستعمال الجزئى لحق الارتفاق إلى الإنقاص من نطاقه بالقـــدر الذى لم يستعمل فيه، إذا دام عدم الاستعمال الجزئى مدة خمس عشـــرة سنة، كمن يتقرر له ممر بعرض خمسة أمتار، إلا أنه يقتصر، فـــى الاستعمال، على ممر عرضه ثلاثة أمتار، ويستمر على ذلك مدة خمـــس عشـــرة ســـنة، فـــلا يجوز له بعد ذلك أن يطلب اتساع الممر بالعرض الذى كان مقررًا فى الأصل.

٢- يؤدى التوسع فى استعمال الارتفاق مدة خمس عشرة سنة إلى زيـــادة نطاقه عن طريق التقادم المكسب. كمن يتقرر له ارتفاق بالمطل علـــى ملك الجار بمقدار نافذة واحدة، إلا أنه يفتح عدة نوافذ لمدة خمس عشرة سنة، فإن حق ارتفاقه يزيد فى نطاقه على نحو يشمل تلك النوافذ التى تم فتحها[1].

٣- ويمكن تعديل كيفية الاستعمال لحق ارتفاق بالتقادم. مثال ذلك اســـتعمال صـــاحب حق الارتفاق بالمرور طريقًا آخر غير الذى سبق تحديـــده. ويظل يمر فى هذا الطريق مدة خمس عشرة سنة. هنا يتحول حق الارتفاق بالتقادم إلى الطريق الآخر الجديد.

---

(١) حسن كيره، ص ٣١٦.

الفصل الخامس
حماية الملكية ومنازعاتها وإثباتها

نعرض لوسائل حماية الملكية، ثم نبين منازعاتها وإثباتها.

المبحث الأول
وسائل حماية الملكية

(أ) دعاوى حماية الحقوق العينية:

يتم حماية الحقوق العينية من خلال ثلاثة أنواع من الدعاوى هى:

أولاً: الدعـوى العينية: يتمتع صاحب الحق العينى بدعوى عينية لحماية حقه، ويختلف موضوعها بحسب الأحوال. فإذا اغتصب شخص ملـك شـخص آخر بغير حق، فللمالك أن يرفع دعوى استرداد الملكية مطالـبًا باسترداد ملكه، ويطلق عليها دعوى الاستحقاق. وتقرر محكمة الـنقض بأن هذه الدعوى التى يرفعها المالك لاسترداد ملكه من غاصبه لا تسقط بالتقادم لكون حق الملكية حقًا دائمًا لا يسقط بعدم الاستعمال[1]. وللمالك رفع دعوى ثبوت الملكية ليحكم له بتثبيت ملكيته ومنع تعرض الغير ومنازعته له فيها[2].

---

(١) نقـض ١٩٧٧/٣/٢٨ س ٢٨ص ٨١٩، طعـن ٢٠٣٠ س ٥٨ق فى ٤/٢٩/ ١٩٩٣.

الملكـية لا تسـقط بمجـرد الغصب. بقاؤها لصاحبها حتى يكتسب غيره بأحد أسـباب كسب الملكية. طلب التعويض بديل عن طلب المال المغصوب. لازمه. عـدم سقوطه إلا بمضى خمس عشرة سنة من تاريخ استحقاقه. م ٣٧٤ مدنى. (الطعنان رقما ٣٤٤٥، ٣٦٥٠ لسنة ٥٩ق، جلسة ١٩٩٤/١٢/٢٧)

(٢) إذا كـان الطاعن قد أقام دعواه ليحكم له بتثبيت ملكيته لأطيان النزاع وإخلاء المطعون ضدهم وإزالة ما أقاموه عليها من مبان ومنع تعرضهم ومنازعتهم له =

ولصاحب حق الانتفاع أن يرفع دعوى تقرير حق الانتفاع على المالك الذى ينكر عليه حقه، ومثله فى ذلك مثل سائر أصحاب الحقوق العينية، إذ يستطيع صاحب حق الارتفاق أن يرفع الدعوى العينية ضد مالك العقار الذى ينكر عليه حقه.

ثانيًا: دعاوى الحيازة: كفل المشرع حماية الحيازة فى ذاتها إذا كانت واردة على عقار. فإذا كان الشخص غير مالك للعقار، إلا أنه يحوزه حيازة قانونية، واعتدى الغير على حيازته، استطاع دفع هذا الاعتداء بدعاوى الحيازة، وهى ثلاث: دعوى منع التعرض، ودعوى وقف الأعمال الحديدة، ودعوى استرداد الحيازة[1]. ويستطيع من يحوز العقار حيازة مستوفية للشروط القانونية أن يدفع عن طريق تلك الدعاوى اعتداء الغير على حيازته دون حاجة إلى إثبات حق عبنى يستند إليه فى تلك الحيازة. فالمشرع يحمى الحيازة فى ذاتها، وذلك محافظة على النظام والأمن والاستقرار، ولا يجوز للمدعى عليه فى دعوى الحيازة (المعتدى) أن يدفعها بالاستناد إلى حق يدعيه على العقار، ويستطيع من ينكر على الحائز حقه على العقار أن يرفع عليه دعوى بأصل الحق الذى يدعيه[2].

فيها، تأسيسا على ثبوت ملكيته لها، وإذ قضى الحكم المطعون فيه برفض دعواه لعدم ثبوت ملكيته لتلك الأطيان، فإن هذا الحكم ينطوى على قضاء ضمني برفض بقية الطلبات المؤسسة جميعها على ثبوت ملكية الطاعن للمساحة موضوع التداعى. (الطعن ٢٠٠٢لسنة ٥٤ق، جلسة ١٩٨٩/٥/١١).

(١) انظر ما يلى ص

(٢) ولكن لا يجوز الجمع بين دعوى الحق ودعوى الحيازة:

المحظور ـ وفقا لنص المادة (٤٤) من قانون المرافعات ـ هو أن يجمع المدعى فى دعوى الحيازة بينها وبين المطالبة بالحق، وإذ كان الواقع فى

الدعوى أن المطعون عليها لم تستند فى طلباتها إلى دعوى من دعاوى الحيازة المنصـوص عليها فـى المـواد من (٩٥٨) إلى (٩٦٧) من القانون المدنى والمقصـود بهـا حماية وضع اليد ممن يعتدى عليه بصرف النظر عن أساسه ومشـروعيته، وإنما طلبت الحكم بتثبيت ملكيتها للعقار محل النزاع استنادًا إلى وضـع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية على مقتضى المادة (٩٦٨) من هذا القانـون، وكـف منازعة الطاعنـين ومنع تعرضهم لها ترتيبًا على حقها فى الملكـية، فإنـه لا يكـون ثمة جمع بين دعوى الحق ودعوى الحيازة. (الطعن ١٦٨٩ س ٥٤ق، جلسة ١٩٨٨/١/٢٧)

إذا كانـت الدعوى قد رفعت من الحكومة (المطعون ضدها) بقصد تقرير حقها على الأرض المتنازع عليها باعتبارها من أموال الدولة العامة وأنه بذلك يكون وضـع يد الطاعنين عليها غير مشروع فإن هذه الدعوى تكون دعوى ملكية لا دعوى حيازة. (نقض ١٩٦٧/٤/٢٧ س ١٨ ص ٨٧٩)

دعوى الحيازة هى الدعوى التى يقصد منها حماية وضع اليد ممن يعتدى عليه بالغصب أو التعرض بصرف النظر عن أساسه ومشروعيته أما دعوى الملكية فهـى الدعـوى التى ترمى إلى حماية حق الملكية وما يتفرع عنه من الحقوق العينـية الأخـرى كحـق الارتفـاق والبحث فيها يتناول حتمًا أساس هذا الحق ومشـروعيته. فـإذا كان المطعون ضده قد طلب فى دعواه إزالة المبانى التى أقامهـا الطاعن على العمل محل النزاع تأسيسًا على أن هذا الممر محمل بحق ارتفاق لمصلحة العقار المملوك له وقد ثار النزاع فى هذه الدعوى بين الطرفين على هذا الارتفاق فإنها على هذه الصورة لا تكون من دعاوى الحيازة وإنما من دعاوى الحق. (نقض ١٩٦٨/٥/٩ س ١٩ص ٩١٤)

ثالـــثًا: الدعـــوى الشخصـــية: يستطيع صاحب الحق العينى رفع دعـــوى شخصـــية قـــبل من يعتدى على حقه للمطالبة بالتعويض عن الأضـــرار التى حلت به بسبب هذا الاعتداء، وذلك طبقًا للقواعد العامة فى المسئولية التقصيرية.

(ب) ضوابط نزع الملكية والاستيلاء عليها للمنفعة العامة:

من المقرر أن للملكية حرمة، ولا يجوز أن يحرم أحد من ملكه إلا فى الأحوال التى يقررها القانون وبالطريقة التى يرسمها[1]. إن الملكية الخاصـــة مصونة بحكم الدساتير المتعاقبة، فلا تنزع إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل وفقًا للقانون[2].

قاعـدة عـدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملك يلتزم بها الخصوم كمـــا يلـــزم بها القاضى. عدم جواز بناء الحكم فى دعوى الحيازة على أساس الـــبحث فـــى أصـــل الملـــك. جواز الرجوع إلى مستندات التمليك على سبيل الاستئناس لاستخلاص ما يتعلق بالحيازة وصفتها. (الطعن رقم ٩٧٨ لسنة ٦٠ ق، جلسة ١٩٩٤/١٢/٧)

(١) نقض ١٩٨٤/٤/٢٢ س ٣٥ ص ١٠٦٧ ـ الطعن ٤٧٩٨ س ٦١ق جلسة ٢٨ /١٩٩٣/٧.

(٢) نقـــض ١٩٧٧/٤/٢٧ س ٢٨ ص ١٠٦٧ م ٨٠٥ مدنـــى، ٣٤ مـــن دستور ١٩٧١.

الـــنص فى المادة (٥٧) من الدستور مفادها أن الاعتداء على الحرية الشخصية أو حـــرمة الحـــياة الخاصـــة أو غيرها من الحقوق والحريات العامة لا يسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم. وإذا كان حق الملكية الخاصة مـــن الحقوق الخاصة فإنه لا يندرج تحت نص المادة (٥٧) من الدستور سالفة البـــيان، وكان الطاعن قد أفصح عن أن المطعون ضدهما بصفتيهما قد استوليا =

نظـــرًا للطابـــع الاستثنائي لنزع الملكية والاستيلاء عليها حرص المشـــرع علـــى تنظـــيمه ووضع ضوابط دقيقة له[1]. وليس هنا مجال دراســـة تلـــك الأحكـــام إلا أننا نشير إلى أهم ملامحها من خلال قضاء محكمة النقض:

- يـــرد نـــزع الملكية على العقار بالطبيعة والعقار بالتخصيص طالما كان تابعًا للعقار الأصلى الذى نزعت ملكيته. يقتصر نزع الملكية علـــى العقـــارات المادية دون الحقوق العينية الأخرى غير الملكية. ولا يرد على المنقول.
- يتـــرتب علـــى نـــزع الملكـــية نقل ملكيتها إلى الدولة[2]، أما الاستيلاء فيكون لمدة مؤقتة بحيث تبقى ملكية العقار لصاحبه طوال مدة

علـــى أطـــيانه الـــزراعية المملـــوكة له ضمن الأطيان التى تم الاستيلاء عليها والمملـــوكة للسيد/... الذى فرضت الحراسة على أمواله وممتلكاته بما لا يعدو أن يكون خطأ ترتب عليه ضرر له تمثل فى حرمانه من الانتفاع بأرضه، ومن ثـــم فـــإن النعـــى علـــى الحكم المطعون فيه عدم تطبيق نص المادة (٥٧) من الدســـتور المشار إليها يكون على غير أساس. (نقض ١٩٨٠/٥/١ س ٣١ ص ١٢٧٩).

(١) القانـــون ١٩٥٤/٥٧٧ المعـــدل بالقانـــون ١٩٦٥/٢٢٢ والقانون ١٩٩٠/٩٠، والقرار ١٩٩٠/٣١٩ الصادر باللائحة التنفيذية.

(٢) تخصـــيص ما يملكه الأفراد للمنفعة العامة يقتضى أولاً إدخاله فى ملكية الدولة أو الأشـــخاص المعـــنوية العامة الأخرى فيصبح فى الملك الخاص ثم ينتقل بعد ذلـــك إلى الملك العام بتخصيصه للمنفعة العامة بطريق رسمى أو بطريق فعلى، وأن إدخالـــه فـــى الملك الخاص للدولة يكون بطريق من طرق اكتساب الملكية =

المبينة في القانون المدني أو بطريق نزع الملكية. (نقض ١٩٧٦/١/١٤، س ٢٧ ص ٢١٧)

نزع الملكية للمنفعة العامة يكون نزعًا مباشرًا إذا ما اتبعت القواعد والإجراءات التي نظمها القانون الخاص الصادر بشأنه، وقد يحدث بطريق غير مباشر بأن تخصص الدولة العقار المملوك لأحد الأفراد للمنفعة العامة دون اتخاذ الإجراءات المنوه عنها في هذا القانون فتنتقل حيازته من المالك الأصلي إلى الدولة ويتحقق بذلك حكم نزع الملكية ويتولد عنه أسوة بالصورة العادية المباشرة جميع الحقوق المنصوص عنها في القانون لأولي الشأن. (الطعن السابق)

تحويل المال المملوك لأحد الأفراد إلى مال عام يقتضي — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة — أما إدخاله أولاً في الملكية الخاصة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية للعامة الأخرى بطريق من طرق كسب الملكية المبينة في القانون المدني ثم نقله بعد ذلك إلى الملك العام بتخصيصه للمنفعة العامة. وإما بنزع ملكيته للمنفعة العامة فينتقل من ملكية صاحبه إلى الملكية العامة.

تخصيص العقار المملوك لأحد الأفراد للمنفعة العامة بالفعل دون اتباع الإجراءات التي رسمها القانون وذلك بالاستيلاء عليه ونقل حيازته وإدخاله في المال العام يتفق في غايته مع نزع الملكية باتخاذ إجراءاته القانونية، ومن ثم يستحق ذوو الشأن جميع ما يرتبه قانون نزع الملكية من حقوق بما في ذلك الحق في تعويض يعادل الثمن. (نقض ١٩٨٤/١٢/١٢ س ٣٥ ص ٢٠٧٥).

الاســـتيلاء. وقد يكون الاستيلاء تمهيدًا لتمكين الإدارة من العقار بالفعل حتى تتم إجراءات نزع ملكيته[1].

جــواز الاســـتيلاء بطريق التنفيذ المباشر على العقارات التى تقرر لزوم نزع ملكيتها للمنفعة العامة قبل صدور القرار بذلك من جهة الاختصاص. علة ذلك. حق ذوى الشأن فى تعويض مقابل عدم الانتفاع بها من تاريخ الاستيلاء الفعلى إلى حين دفع التعويض المستحق تلتزم به الجهة طالبة نزع الملكية، دون الجهة التـــى تتولـــى اتخـــاذ إجـــراءات نـــزع الملكية استئناف الحكم الصادر بتقدير التعويض. لا يحول دون حصولهم منها على التعويضات المقضى بها ابتدائيًا ما لـــم تكـــن قـــد أدتـــهـــا إليهم أو أودعتها بأمانات الجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية. م١٤ ق ١٠ لسنة ١٩٩٠. (الطعن رقم ١٠٠٩١ لسنة ٦٤ق، جلسة ٨/ ١٩٩٦/٥).

أجـــاز المشـــرع لجهـــة الإدارة الاستيلاء مؤقتًا على العقارات اللازمة لخدمة مشروع ذى منفعة عامة على أن تعين المصلحة طالبة الاستيلاء قيمة التعويض المســـتحق لـــذوى الشـــأن مقابل عدم انتفاعهم بالعقار المستولى عليه وأوجبت المصلحة إعادة العقار فى نهاية مدة الاستيلاء مع تعويض كل تلف أو نقص فى قيمـــته، فإذا كانت الوزارة الطاعنة قد استولت على عقار المطعون ضده مؤقتًا بقصـــد أخـــذ الأتربة اللازمة لمشروع ذى منفعة عامة فإنها تكون ملزمة قانونًا بـــتعويض المطعون ضده عن قيمة الأتربة المستولى عليها من هذا العقار وعن مقابـــل عدم الانتفاع بالأرض وعما نقص من خصوبتها بسبب نزع تلك الأتربة مـــنها إذ أن هذا النقص يعتبر تلفًا أصاب العقار ونقصًا فى قيمته. ويقوم التزام الطاعـــنة بهذا التعويض سواء قامت بتنفيذ المشروع بنفسها بالطريق المباشر أو بواسطة مقاول عهدت إليه بالتنفيذ وأيًا كان مدى إشرافها على هذا المقاول.

إذا كانت مسئولية جهة الإدارة مصدرها هذا القانون فإن الحكم المطعون فيه لا يكــون بحاجــة إلى الاستناد إلى أحكام المسئولية التقصيرية للقضاء بالتعويض. (نقض ١٩٦٨/٤/١٨ س ١٩ ص ٧٨٨).

الاستيلاء على مواد التموين:

الــنص فى المادة الأولى من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٤٥ بشأن التموين يدل ــ وعلــى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ــ على أن المشرع قصد إلى أن يكون هــذا الاســتيلاء مختلفاً عن الاستيلاء المؤقت المنصوص عليه فى قانون نزع الملكية للمنفعة العامة رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ الذى نص فيه على توقيت القرار بمــدة أقصاها ثلاث سنوات والاختلاف بين قرار الاستيلاء فى كل من القانونين ظاهــر فــى أن استيلاء وزارة التموين على الأشياء غير محدد بمدة معينة فى حــين أن الاستيلاء المؤقت طبقاً لقانون نزع الملكية محددة مدته ابتداء بحيث لا تــزيد علــى ثلاث سنوات وأن انتهاء قرار الاستيلاء على العقار وفقاً لأحكام القانــون رقم ٩٥ لسنة ١٩٤٥ رهن بصدور قرار من وزير التموين برده إلى صاحبه إذا ما انتفت الحاجة إليه. (طعن ٩٧٩ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٩٢/١/١).

الاســتيلاء الــذى تنــتقل بموجبه ملكية الشيء المستولى عليه إلى الحكومة لا يتحقق من مجرد صدور قرار الاستيلاء فى ذاته وإنما يشترط ــ على ما جرى بــه قضاء به قضاء محكمة النقض ــ الاستيلاء الفعلى المقترن بالتسليم للمواد المســتولى علــيها ويكون ذلك بجردها جرداً وصفياً فى حضور ذوى الشأن أو بعــد دعــوتهم للحضــور بخطاب مسجل فإذا لم تتوافر هذه الشروط فإن قرار الاســتيلاء لا يعــدو أن يكون إجراء تنظيمياً قصد به تحقيق العدالة فى التوزيع علــى المســتهلكين ومنع المضاربة فى السلعة وتحديد الكميات الواجب صرفها مــنها ولــيس مــن شأن مثل هذا القرار نقل ملكية السلعة أو نقل حيازتها إلى

• إن نـــزع الملكـــية أو الاستيلاء عليها يتم للمنفعة العامة وطبقًا للإجراءات التى رسمها القانون، ومقابل تعويض عادل[1].

الحكـــومة ولا تملك الحكومة بموجبه وبمجرد صدوره اقتضاء حصيلة من ثمن السـلعة فــإن فعلــت عدت الحصيلة التى تستولى عليها نوعًا من الضريبة أو الرسوم المفروضة بغير الطريق القانونى.

ولا يصــح الاتفـــاق علـــى فـــرض هذه الحصيلة لمخالفة ذلك النظام العام إذ الضريبة لا تفرض بالاتفاق. (نقض ١٦/١١/١٩٦٥ س ١٩ ص ١٠٥٩).

(١) اســـتيلاء الحكـــومة على العقار جبرًا عن صاحبه دون اتخاذ الإجراءات التى يوجـــبها قانـــون نـــزع الملكـــية يعتبر بمثابة غصب يستوجب مسئوليتها عن التعويض وليس من شأنه أن ينقل بذاته الملكية للجهة الغاصبة ويظل لمالكه حق استرداده وطلب مقابل عدم الانتفاع به إلى أن يصدر قرار بنزع ملكيته تراعى فيه إجراءات القانون. (طعن ٤١٤ س ٥٥ق جلسة ٢٩/٥/١٩٨٨).

اســـتيلاء الحكومة على عقار مملوك لأحد الأفراد جبرًا عن صاحبه دون اتخاذ الإجراءات المبينة بقانون نزع الملكية للمنفعة العامة يعد بمثابة غصبًا ليس من شـــأنه أن ينقل بذاته ملكية العقار للدولة بل إن صاحبه يظل محتفظًا بحق ملكيته رغـــم هذا الاستيلاء ويكون له الحق فى استرداد هذا العقار وذلك ما لم يصبح رده مســـتحيلاً فعندئذ يستعاض عنه بالتعويض النقدى تطبيقًا للقواعد العامة فى المســـئولية المدنـــية التـــى تقضى بأن التنفيذ العينى هو الأصل ولا يصار إلى عوضــــه ــ أى التعويض النقدى ــ إلا إذا استحال التنفيذ العينى. (نقض ٢٠١٧ لسنة ٥٨ق، جلسة ١٩٩٠).

اســـتيلاء الحكـــومة علـــى عقار جبرًا عن صاحبه بدون اتباع الإجراءات التى يوجبها قانون نزع الملكية للمنفعة العامة يعتبر ــ وعلى ما جرى به قضاء هذه

=

• **إن قـــرار المـــنفعة العامة وقرار الاستيلاء يعد قرارًا إداريًا يجـــوز الطعـــن عليه بالإلغاء أمام القضاء الإدارى، أما عن التعويض فـــيجوز المعارضة فى تقديره أمام اللجنة المختصة، والطعن فى قرار**

المحكمة ــ بمثابة غصب يستوجب مسئوليتها عن التعويض ويكون شأن المالك عند مطالبته بالتعويض شأن المضرور من أى عمل غير مشروع له أن يطالب بـــتعويض للضـــرر سواء ما كان قائمًا وقت الغصب أو ما تفاقم من ضرر بعد ذلك إلى تاريخ الحكم بما يستتبع تقدير التعويض بقيمة العقار وقت رفع الدعوى لا وقت الاستيلاء عليه.(الطعن ٩٩٤ لسنة ٥٦ق، جلسة ١٩٩١/١٠/٣٠).

اســـتيلاء الحكـــومة على العقار جبرًا دون اتباع إجراءات نزع الملكية غصب. أثـــره. وجـــوب تعـــويض المالك كمضرور من عمل غير مشروع. له اقتضاء تعـــويض الضرر سواء ما كان قائمًا وقت الغصب أو تفاقم بعد ذلك إلى تاريخ الحكم. (الطعن رقم ٩٧٥ لسنة ٦٠ق، جلسة ١٩٩٥/١/١٨).

حـــالات إنقـــاص مقابـــل التحســـين من قيمة التعويض المستحق عن العقار المنزوع ملكيته: إنقاص مقابل التحسين من قيمة التعويض المستحق عن العقار المنزوع ملكيته. قصره على حالات نزع ملكية العقارات لأغراض مشروعات التنظيم فى المدن دون غيرها من المشروعات الأخرى ذات النفع العام. (الطعن رقم ٩٧٥ لسنة ٦٠ق، جلسة ١٩٩٥/١/١٨).

من المستقر عليه فى قضاء هذه المحكمة أن الجهة طالبة نزع الملكية هى التى تســـتفيد مـــن العقار المنزوع ملكيته للمنفعة العامة ومن ثم تلتزم بدفع التعويض المقـــرر لمن نزعت ملكيته التزامًا مصدره القانون وليس العمل غير المشروع. (الطعن ٢٥٣٦ لسنة ٦٠ق، جلسة ١٩٩١/١١/٢١).

لجـــنة المعارضـــات أمام المحكمة الابتدائية[1]. وقد تم إلغاء تلك اللجان وأصبح الاختصاص منعقدًا للمحكمة الابتدائية[2].

---

(١) لمـــا كان المشرع ــ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ــ قد خول لجنة الفصل في المعارضات اختصاصًا قضائيًا هو الفصل فى الخلاف الذى يقوم بين المصـــلحة نازعـــة الملكية وذوى الشأن على التعويضات المقدرة لهم عن نزع الملكـــية أما المحكمة الابتدائية فتختص بنظر الطعون التى تقدم إليها من الجهة القائمـــة بإجـــراءات نزع الملكية أو من أصحاب الشأن فى قرارات تلك اللجان وبالتالـــى فإنهـــا لا تملـــك القضاء بالإلزام بأداء هذا التعويض فإن فعلت كان قضاؤها بالإلزام مجاوزًا اختصاصها وقابلاً للاستئناف وفقًا للقواعد العامة وفى المواعـــيد المقـــررة فى قانون المرافعات، أما قضاء المحكمة بتقدير التعويض ســـواء فيما يختص بقيمة العقار أو بمقابل الحرمان من الانتفاع فهو قضاء فى حـــدود ولايـــتها ومـــن ثم يعتبر نهائيًا طبقًا للمادة (١٤) سالفة الذكر. (الطعن ١٥٩٢ لسنة ٥٦ق، جلسة ١٩٩١/١٢/٢٢).

(٢) إلغـــاء لجـــان الفصل فى المعارضات فى تقدير التعويض المستحق عن نزع الملكـــية بالقانـــون ١٠ لسنة ١٩٩٠. انعقاد الاختصاص بنظر تلك المعارضات للمحـــاكم الابتدائية الكائن بدائرتها العقار المنزوع ملكيته للمنفعة العامة وجواز اســـتئناف الأحكـــام الصـــادرة منها. م ١٣ ق ١٠ لسنة ١٩٩٠. وجوب إحالة الـــدعاوى التـــى لم تفصل فيها اللجان المشار إليها إلى المحكمة المختصة عملاً بالمـــادة (٣٧) مـــن ذات القانون. عدم جواز التحدى بأحكام القانون ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ الملغى. (الطعن رقم ١٠٠٩١ لسنة ٦٤ق ، جلسة ١٩٩٦/٥/٨)

المبحث الثانى
منازعات الملكية وإثباتها

نعـــرض فى هذا المقام لأهم المبادئ التى أرستها محكمة النقض بصدد منازعات الملكية والإثبات فيها:

(أ) حصر أسباب كسب الملكية:

حــدد القانــون أسباب كسب الملكية على سبيل الحصر. ومن ثم ينبغـــى على مدعى الملكية أن يقيم إدعاءه على السبب الذى يراه مملكا له:

- أسباب كسب الملكية واردة على سبيل الحصر وهى الاستيلاء والميــراث والوصية والعقد والشفعة والتقادم المكسب فضلاً عن أحكام رســو المــزاد فى البيوع الجبرية وليس من بين هذه الأسباب محاضر التســليم ــ بناء على حكم مرسى المزاد ــ سواء أكانت مسجلة أم غير مسجلة[1].
- مــا دامت المحكمة قد تحققت من سلامة إجراءات التنفيذ على العقــارات وأحقــية الدائنين فى التنفيذ عليها ورسو المزاد عليها، امتنع علــيها الحكم بتثبيت ملكيتها لمن آلت إليه هذه العقارات ببيع أو غيره. وذلــك لأن القضــاء علـــى هذه الصورة يعنى إهدار إجراءات التنفيذ العقارى التى انتهت برسو المزاد[2].
- لكســب الملكــية أســباب حددها القانون ليس من بينها قيد اسم شــخص فى سجلات الجمعيات التعاونية الزراعية المعدة لإثبات بيانات الحــيازة وجمــيع البــيانات الزراعية الخاصة بكل حائز. ومن ثم فإن

---

(١) نقض ١٩٨٠/٦/٢٦ س ٣١ ص ١٨٧٢.

(٢) نقض ١٩٧٥/٥/١٢ س ٢٦ ص ٩٦٧.

الاستدلال بشهادة من الجمعية التعاونية الزراعية لا يصلح سندًا لإثبات ملكية الأرض[1].

• لا حجـــية لخرائط المساحة فى بيان الملكية وإنما نعبر فقط عن الواقع المادى[2].

• البــيانات المساحية لا تنهض بذاتها دليلاً على ثبوت الملكية أو نفيها، ويتعين للاعتداد بها أن تكون قائمة على أسس يقرها القانون[3].

• المقــرر فــى قضاء هذه المحكمة أن أسباب كسب الملكية التى حــددها القانون ليس من بينها قيد اسم شخص بذاته فى السجلات التى تعدها الدولة لجباية الضرائب على العقارات بما لا يجوز معه الاستدلال علــى ملكية المطعون ضدها الثانية لعقار النزاع بتكليف للعقار باسمها وحــده[4]. فهــذا القيد لا يعدو أن يكون قرينة بسيطة على الملكية قابلة لإثبات العكس[5].

• لما كان لمدعى الملكية أن يقيم ادعاءه على السبب الذى يــــراه مملكًا له، وحسب الحكم أن يحقق هذا السبب ويفصل فيه وكان المطعون ضــدهم.. قــد أقاموا دفاعهم على تملكهم الأرض محل النزاع بالتقادم الطــويل وحده فإن الحكم المطعون فيه إذ أقام قضاءه على مقتضى هذا الدفاع يكون التزم صحيح القانون ويكون النعى عليه – بأنهم مشترون لها بعقد مسجل – على غير أساس[6].

---

(١) نقض ١٩٨١/٥/٢٦ س ٣٢ ص ١٦٠٢.

(٢) الطعن ٢٥١ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٥/١٢/٢٢.

(٣) نقض ٦٧/١/٣١ س ١٨ ص ٢٨١.

(٤) نقض ١٩٨٤/٢/٢٤ س ٣٥ ص ٢٩٨.

(٥) الطعن ٤٢٤ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٨٦/٥/١٥.

(٦) نقض ١٩٨٤/١١/٢٩ س ٣٥ ص ١٩٥٨.

(ب) نفى ملكية المدعى لا يعنى ثبوتها للمدعى عليه:

- إذا كان موضوع النزاع المعروض على المحكمة الفصل فيه هو تصرف المدعى عليه فى أطيان مملوكة للمدعى فمن الخطأ أن تغفل المحكمة بحث سند ملكية المدعى للأطيان وتبحث ملكية المدعى عليه لها، فإن الوضع السليم قانونا هو تحقيق ملكية المدعى فإن ثبتت له حق له طلب إبطال التصرف الحاصل من المدعى عليه. أما مجرد عدم ثبوت ملكية المدعى عليه فلا يقتضى ثبوتها للمدعى ولا أحقيته فيما طلبه[1].

- بحسب المحكمة لرفض دعوى الملكية أن تستند فى ذلك إلى عجز المدعى عن إثبات دعواه دون أن تكون بحاجة إلى بيان أساس ملكية المدعى عليه ومن ثم فإن النعى على خطأ الحكم المطعون فيه فيما استطرد إليه تزيدًا فى شأن التدليل على ملكية المدعى عليه فى دعوى الملكية يكون غير منتج[2].

- تقرير الحكم أن المدعى عليه لم يكسب ملكية الأطيان التى يطلب المدعيان ثبوت ملكيتهما لها بأى سبب من أسباب الملك لا يفيد بذاته وبطريق اللزوم ثبوت ملكيتها للمدعين. كذلك لا يكفى أن يقرر الحكم أن مستندات هذين الآخرين تشمل الأطيان المتنازع عليها، وأنها من ذلك تكون ملكًا لهما من غير بيان هذه المستندات وكيفية إفادتها هذه الملكية. وإذن فمتى كان الحكم إذ قضى بثبوت ملكية المدعين ـ المطعون عليهما ـ للأطيان موضوع النزاع قد أقام قضاءه على أن المدعى عليه ـ الطاعن ـ لم يكسب ملكية هذه الأطيان بأى من عقدى شرائه أو بوضع اليد المدة الطويلة أو القصيرة، كذلك لم يبين الحكم كيف آلت الأطيان إلى المدعين من آخر كان قد اشتراها فى حين أنهما

---

(١) الطعن ٢٥ لسنة ٨ق، جلسة ١٩٣٩/١/٥.

(٢) نقض ١٩٦٤/٥/١٤ س ١٥ ص ٦٨٦.

ليســا من ورثته، ولم يتحدث عن عقد القسمة المبرم بين هذا المشترى وأخــوته، ولا عن كيفية إفادته ملكية المدعين ــ متى كان الحكم قد أقام قضاءه على ذلك فإنه يكون قاصرٌ قصورًا يستوجب نقضه[1].

(ج) الإقرار بالملكية:

الإقــرار بالملكية هو نزول من المقر عن حقه فى مطالبة خصمه بإثبات ما يدعيه من ملكية وإخبار منه بملكية سابقة للمقر له وحجة على المقــر دون حاجة إلى تسجيل طالما صدر منه عن إرادة حرة ويضحى دلــيلاً للمقــر لــه فى إثباته للملكية قبل المقر بما يجيز له طلب الحكم بصحته ونفاذه[2].

---

(١) الطعن ١٤٢ لسنة ١٨ق، جلسة ١٩٥١/٢/١٥.

دعــوى صــحة الــتعاقد وطلب ثبوت الملكية بالتقادم المكسب. توافر الارتباط بيــنهما. تمسك طالب التدخل فى دعوى صحة التعاقد بملكيته للعين. أثره. عدم جــواز الحكم بصحة التعاقد قبل الفصل فى موضوع التدخل. الحكم بعدم قبول الــتدخل تأسيسًا على أن طلب تثبيت الملكية للعقار يختلف عن طلب صحة عقد الشــراء موضــوعًا وســببًا دون تقدير مدى الارتباط بين الطلبين وأثر إجازة محكمــة أول درجة لتعديل الطلبات دون أن يعرض لطلب تثبيت الملكية. خطأ وقصور. (الطعن رقم ٣٨٨٨ لسنة ٦١ق، جلسة ١٩٩٤/١/١٨).

(٢) نقض ١٩٨٢/٦/١٥ س ٣٣ ص ٥٦٧.

القضــاء نهائــيًا بتثبيت ملكية الطاعنين للعقار محل النزاع بالتقادم قبل مورث المطعــون عليهم وهم من بعده. الحكم من بعد بصحة ونفاذ عقد بيع صادر من مــورث الطاعنــين إلى مورث المطعون عليهم عن ذات العقار. قضاء مخالف لحجــية الحكم السابق. جواز الطعن فيه بالنقض. (الطعن رقم ٣٦٨٥ لسنة ٥٩ ق، جلسة ١٩٩٤/١٠/٢٣)

(د) سلطة محكمة الموضوع فى دعوى الملكية:

- متى خلصت محكمة الموضوع فى حدود سلطتها التقديرية إلى ثــبوت ملكــية المطعون عليها للآلات المحجوز عليها وأقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمل قضاء الحكم، فلا عليها فى هذه الحالة إذا لــم تتبع كل حجة للطاعن وترد عليها استقلالاً، مادام فيما أوردته الرد الضمنى المسقط لكل حجة تخالفه وفى نفى الادعاء بصورية عقد شراء المطعون عليها(١).

- المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن المفاضلة بين سندات الملكية التــى يعتمد عليها أحد طرفى النزاع وبين سندات ملكية الطرف الآخر والتــى صدرت لإثبات تصرفات قانونية هى من المسائل القانونية التى يتعــين علــى محكمة الموضوع أن تقول كلمتها فيها. فإذا هى أغفلت التعرض لبحث هذه المستندات والمفاضلة بينها برغم أهميتها فإن حكمها يكون مشوبًا بالقصور فى التسبيب(٢).

(هـــ) اليقــين لا يــزول بالشك ـــ تظل الملكية لصاحبها حتى يثبت انتقالها:

إذ كــان الحكــم المطعون فيه قد اتخذ من ادعاء الطاعن بمحضر الشــكوى.. شراءه المنقولات الموجودة بالعين من المطعون عليه ومن عــدم تقديمــه دلــيل هذا الادعاء قرينة على ملكية المطعون عليه لتلك المنقولات. وإذ كانت هذه القرينة من شأنها أن تؤدى إلى ما رتبه عليها الحكم لأن القاعدة فى الإثبات هى أن اليقين لا يزول بالشك وأن الأصل بقاء ما كان على ما كان. فإذا كان الطاعن قد قرر شراءه المنقولات من

---

(١) نقض ١٩٨١/٣/٣١ س ٣٢ ص ١٠١١.

(٢) الطعن ١٠٧٩ لسنة ٥٣ق، جلسة ١٩٨٦/١٢/٣١.

المطعــون علــيه فأثبت بذلك أن المنقولات كانت للمطعون عليه فتظل كذلك حتى يثبت أنه اشتراها منه[1].

(و) تقدير دعوى الملكية وقابليتها للتجزئة:

- مفــاد المـــادة (٣٧) من قانون المرافعات أن الدعاوى المتعلقة بملكية العقارات تقدر قيمتها بقيمة العقار، فلا عبرة بالثمن الوارد بالعقد المحمـــول عليه طلب تثبيت ملكيته، وإذ كانت الطاعنة قد طلبت تثبيت ملكيتها لأرض النزاع فإن تقدير قيمة الدعوى يكون بقيمة العقار حسب تقدير محكمة الموضوع له إذا لم يكن مربوطا عليه ضريبة وليس بقيمته الثابتة بعقد شرائه[2].

- المطالــبة بتثبيت ملكية أطيان زراعية موضوع قابل للتجزئة ومـــن ثــم فـــإن بطلان الطعن بالنسبة لأحد المطعون عليهم لا أثر له بالنسبة للباقين[3].

(ز) الفصل فى الملكية مسألة قانونية بعيدة عن الخبير:

- اتصـــاف الطـــريق بأنـــه عمومى أو غير عمومى. أمر يبينه القانون. أثره. وجوب مراعاة المحكمة ذلك فى قضائها. اعتماد المحكمة علـــى تقريـــر الخبير الذى انتهى إلى أنه طريق عمومى لوجوده على الخـــريطة المســـاحية. خطأ. علة ذلك. البيانات والخرائط المساحية لا تنهض بذاتها دليلاً على ثبوت الملكية أو نفيها[4].

- الفصـــل فـــى ملكـــية الطريق. مسألة قانونية لا يجوز للخبير التطـــرق إلـــيها. اعتماد الحكم على تقرير الخبير فى هذا الصدد والذى

---

(١) نقض ١٩٨٠/٣/١٢ س ٣١ ص ٨٠٦.

(٢) نقض ١٩٨٣/٦/٩ س ٣٤ ص ١٣٨٩.

(٣) نقض ١٩٧٠/١٢/٣١ س ٢١ ص ١٣١٩.

(٤) الطعن رقم ١٥١٧ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩٢/٤/١٢.

انتهى إلى نتيجة لا تؤدى إليها أسبابه ولا تصلح ردا على دفاع جوهرى للخصم. خطأ وقصور فى التسبيب[1].

- مهمة الخبير. اقتصارها على تحقيق الواقع فى الدعوى وإبداء الـرأى فـى المسائل الفنية دون المسائل القانونية. الفصل فى الملكية. مسـألة قانونية. اعتماد الحكم تقرير الخبير فى هذا الخصوص دون أن يقول كلمته فيها. خطأ وقصور[2].

---

(١) الطعن رقم ١٥١٧ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩٢/٤/١٢.

(٢) الطعن ٨٦١ لسنة ٦٠ق، جلسة ١٩٩٢/١٢/١٠

الباب الثانى

أسباب كسب الملكية

تمهيـــــــد:

يمكــن اكتســاب حق الملكية بأى سبب من أسباب كسب الحقوق بصــفة عامة. وهذه الأسباب إما أن تكون وقائع طبيعية كالميراث، أو أفعــال مادية كالاستيلاء وإحياء الأرض الموات والالتصاق والحيازة، وإما أن تكون تصرفات قانونية كالوصية والعقد والأخذ بالشفعة.

ويمكــن تقسيم أسباب كسب الملكية إلى أسباب منشئة لحق الملكية ابــتداء كالاســتيلاء وإحياء الأرض الموات، وأسباب ناقلة لحق الملكية مثل الميراث والالتصاق والتصرف (وصية، عقد) والشفعة والحيازة.

وأخيــرًا، فهــناك تقسيم آخر لتلك الأسباب يتمثل فى تقسيمها إلى مصـــادر مكسبة للحق بسبب الوفاة كالميراث والوصية، وأخرى تكسبه حال الحياة حيث تأتى بقية المصادر الأخرى.

عــدد المشــرع أسباب كسب الملكية فى المواد ٨٧٠: ٩٨٤ من التقنــين المدنـــى علـــى الــنحو التالى: الاستيلاء، الميراث، الوصية، الالتصاق، العقد، الشفعة، الحيازة.

ونعرض لدراسة هذه الأسباب فيما يلى:

(١) الميراث.
(٢) الاستيلاء
(٣) العقد.
(٤) الوصية.
(٥) الحيازة.
(٦) الالتصاق.
(٧) الشفعة.

الفصل الأول
الاستيلاء

تعريف الاستيلاء ونطاق تطبيقه:

يقصد بالاستيلاء Occupation حيازة الشيء الذى لا مالك له بنية تملكه، فهو طريقة منشئة أصلية تكتسب بها ملكية الشيء ابتداء، أي ينشئ حق الملكية على الشيء.

يقوم الاستيلاء كسبب لكسب الملكية بتوافر عناصر ثلاثة: الأول، العنصر المادى، ويتمثل فى وضع اليد أو الحيازة وهى واقعة مادية، ولا يشترط استمرار الحيازة مدة زمنية معينة بل يكفى مجرد تحققها الثانى: العنصر النفسى، وهو توافر نية تملك الشيء لدى الحائز، أى أن يضع يده على الشيء بنية تملكه. الثالث: يجب أن يكون الشيء غير مملوك لأحد، أى بلا مالك، لذا فالاستيلاء لا يرد إلا على الأشياء، ولا يرد على الأموال. وينقلب الشيء إلى مال بعد الاستيلاء عليه حيث يصبح مملوكا بعد أن كان غير مملوك لأحد.

كان للاستيلاء دور هام فى كسب الملكية فى المجتمعات القديمة والصحراوية التى لم تستغل مواردها، حيث كان هناك الكثير من الأشياء التى لا مالك لها وتصلح للاستيلاء عليها، أما فى المجتمعات الحديثة فقد تضاءل مجال الاستيلاء كسبب لكسب الملكية بسبب ندرة الأشياء التى لا مالك لها(١).

---

(١) ويختلف الاستيلاء بهذا المعنى عن الاستيلاء الذى تقوم به الدولة على مال الأفراد للمصلحة العامة بضوابط معينة كما رأينا بصدد حماية الملكية انظر ما سبق ص ٢٧٣.

لئن كان النص فى المادة الثالثة من القانون ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ بشأن حالة الطوارئ يجيز لرئيس الجمهورية وحده – متى أعلنت حالة الطوارئ – أن يتخذ بأمر كتابى أو شفاهى تدابير معينة منها الاستيلاء على أى منقول أو عقار إلا أن هذا النص وقد تضمنه قانون استثنائى ينبغى عدم التوسع فى تفسيره ويلزم إعماله =

فى حدود ما أفصحت عنه عباراته بقصر سلطة إصدار قرارات الاستيلاء على رئــيس الجمهــورية دون ســواه كما أنه لا يملك تفويض غيره فى ذلك لخلو عبارات هذا النص وسائر نصوص هذا القانون مما يجيز هذا التفويض. الطعن ١٦٦٤ لسنة ٥٦ق ، جلسة ١٨/٥/١٩٨٩.

استــتيلاء الحكومة على العقار جبرًا عن صاحبه دون اتخاذ الإجراءات التى يوجبها قانــون نزع الملكية للمنفعة العامة يعتبر بمثابة غصب يستوجب مسئوليتها عن الــتعويض، ولــيس من شأنه أن ينقل بذاته ملكية العقار للغاصب، ويستتبع هذا النظر أن صاحب هذا العقار يظل محتفظًا بملكيته رغم هذا الاستيلاء وله الحق فــى استرداد هذه الملكية إلى أن يصدر مرسوم بنزع ملكية العقار المذكور، أو يســتحيل رده إلــيه، أو إذا اخــتار هو المطالبة بالتعويض عنه. وفى الحالتين الأخيرتين يكون شأنه عند مطالبته بالتعويض شأن المضرور من أى عمل غير مشــروع أن يطالب بتعويض الضرر. لما كان ذلك، وكان الثابت من الأوراق أن قــوات الأمــن التابعة للطاعن الأول قد استولت على الأرض محل التداعى والمملــوكة للطاعنــين وضمتها إلى المعسكر الخاص بها بمدينة سوهاج دون اتخاذ إجراءات نزع ملكيتها للمنفعة العامة طبقًا لأحكام القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤، وهــو مــا يعــد غصبًا لها يجيز لمالكيها ــ المطعون ضدهم ــ طلب استردادها. كما يجيز لهم طلب مقابل عدم الانتفاع بها منذ الاستيلاء عليها حتى تســليمها إليهم. ولما كان الطاعنون لم يسبق لهم التمسك أمام محكمة الموضوع باســتحالة رد تلك الأرض إلى المطعون ضدهم فإن الحكم المطعون فيه إذ أيد الحكــم الابتدائــى الذى انتهى إلى القضاء بتسليم الأرض إلى المطعون ضدهم وبإلزام الطاعنين بأداء ريعها منذ تاريخ الغصب يكون قد التزم صحيح القانون. (الطعن ٤٨٦ لسنة ٥٥ق، جلسة ٢٣/٥/١٩٩١).

الاســتيلاء الذى تنتقل بموجبه ملكية للشيء المستولى عليه إلى الحكومة لا يتحقق مــن مجــرد صدور قرار الاستيلاء فى ذاته وإنما يشترط ــ على ما جرى به قضــاء محكمــة الــنقض ــ الاستيلاء الفعلى المقترن بالتسليم للمواد المستولى عليها ويكون ذلك بجردها جردًا وصفيًا فى حضور ذوى الشأن أو بعد دعوتهم للحضور بخطاب مسجل فإذا لم تتوافر هذه الشروط فإن قرار الاستيلاء لا يعدو أن يكــون إجــراءًا تنظيميًا قصد به تحقيق العدالة فى التوزيع على المستهلكين ومنع المضاربة فى السلعة وتحديد الكميات الواجب صرفها منها وليس من شأن مــثل هــذا القــرار نقــل ملكية السلعة أو نقل حيازتها إلى الحكومة ولا تملك =

ويعـــد الاســـتيلاء سببًا لكسب حق الملكية فقط دون سائر الحقوق العينـــية الأصـــلية الأخرى كالانتفاع أو الارتفاق، لأن هذه الحقوق ترد بالضـــرورة علـــى شيء مملوك، فهى اقتطاع من حق الملكية ومن ثم تفتـــرض وجود هذا الحق، ومن ثم لا يتصور أن ترد تلك الحقوق على أشياء غير مملوكة لأحد.

وتعـــرض للاســـتيلاء بالنسبة للمنقول، ثم نبين الاستيلاء بالنسبة للعقارات.

الحكـــومة بموجـــبه وبمجرد صدوره اقتضاء حصيلة من ثمن السلعة فإن فعلت عـــدت الحصـــيلة التى تستولى عليها نوعًا من الضريبة أو الرسوم المفروضة بغير الطريق القانونى.

ولا يصح الاتفاق على فرض هذه الحصيلة لمخالفة ذلك للنظام العام إذ الضريبة لا تفرض بالاتفاق (نقض ١٩٦٥/١١/١٦ س ١٦ ص ١٠٥٩)

المبحث الأول
الاستيلاء بالنسبة للمنقول

"إن مـــن وضـــع يـــده على منقول لا مالك له بنية تملكه، ملكه".
"يصـــبح المـــنقول لا مالـــك له إذا تخلى عنه مالكه بقصد النزول عن ملكيته" [1].

يتضـــح لنا أن الاستيلاء يرد على المنقول الذى لا مالك له، وهذا المنقول إما أن يكون شيئًا لم يدخل بعد فى ملكية أحد، أى لم يتملكه أحد من قبل، وإما أن يكون شيئًا سبق تملكه ثم أصبح لا مالك له.

المطلب الأول
الاستيلاء على المنقول الذى لم يكن له مالك أصلاً

ومـــن الأمـــثلة على هذا المنقول: الأشياء المشتركة أو المشاعة، الطيور والأسماك، والحيوانات غير الأليفة.

(١)ويقصد بالأشياء المشتركة: الماء والهواء وأشعة الشمس، هذه الأشـــياء تخـــرج عـــن التعامل بطبيعتها وينتفع بها الكافة، ولا يستطيع شـــخص أن يستأثر بها فى مجموعها[2]. إلا أنه إذا استحوذ أحدهم على شيء منها تملكه. فمن يحضر كمية من مياه البحر لاستخلاص الملح أو يســـتولى علـــى كمـــية من المياه العذبة لرى أرضه، يصير مالكا لها بالاستيلاء، ونفس الشيء لمن يعبئ الهواء فى أنابيب.

(٢)ونفـــس الشـــيء بالنســـبة للطيور الطليقة وصيد البحر؛ فمن يصـــطاد طيـــرًا فى الهواء أو سمكًا فى الماء يتملكه بمجرد الاستيلاء علـــيه، ويـــدخل فى ذلك أيضًا كل أنواع الصيد من مرجان أو أعشاب بحرية إلى غير ذلك. إلا أنه ينبغى ملاحظة أن المقصود بالصيد هنا هو

---

(١) م ٨٧٠، ٨٧١ مدنى.

(٢) السنهوري، ص ١٧.

الــذى يتم فى المجارى العامة، أما المجارى المائية والبحيرات الخاصة فتكون مملوكة لصاحبها وتنبغى موافقته.

ويجــدر الإشارة إلى أن صيد البر والبحر قد ترد عليه قيود معينة من خلال اللوائح التى تنظمه فيجب الالتزام بها حرصًا على المصلحة العامة، لذا فإن الصيد مباح برًا وبحرًا ويجوز اتخاذه حرفة مع مراعاة مــا تقضــى بــه القوانــين واللوائح من نظم وشروط فى هذا الصدد للمصلحة.

(٣) ونفــس الشــىء بالنسبة للحيوانات غير الأليفة حيث تعتبر لا مالــك لها ما دامت طليقة ومن ثم يجوز الاستيلاء عليها. أما الحيوانات الألــيفة كالأغــنام والــبهائم والحمير فلا تعتبر بغير مالك بل هى ملك لصــاحبها ولا يجوز الاستيلاء عليها، وتظل فى ملكية صاحبها حتى لو ضلت أو تسربت حيث ينبغى إعادتها إليه.

تعتبــر الحــيوانات غير الأليفة لا مالك لها ما دامت طليقة. وإذا اعتقل حيوان منها ثم أطلق عاد لا مالك له إذا لم يتتبعه المالك فورًا أو إذا كف عن تتبعه. وما روض من الحيوانات وألف الرجوع إلى المكان المخصص له ثم فقد هذه العادة يرجع لا مالك له[١].

فالحــيوانات غيــر الأليفة بأنواعها المختلفة كالوحوش والزواحف والطيور فهى لا مالك لها ما دامت حرة طليقة، فإذا تمت حيازة حيوان مــنها تملكه الحائز، أما إذا اعتقل أحدها ثم أطلق عاد لا مالك له إذا لم يتــبعه المالك فورًا أو إذا كف عن تتبعه. وإذا روضت هذه الحيوانات وألفــت الــرجوع إلى المكان المخصص لها كالحمام فى الأبراج، فإنها تبقى ملكًا لمن استولى عليها، أما إذا فقدت هذه العادة ولم تعد ترجع إلى الأبــراج فإنهــا تعــود طليعة لا مالك لها ويجوز لأى شخص تملكها بالاستيلاء.

---

(١) م ٢/٨٧١ مدنى.

المطلب الثانى

الاستيلاء على المنقولات التى كانت مملوكة من قبل

يـــدخل فـــى ذلـــك الأشياء المتروكة، الكنز، الأشياء الضائعة أو اللقطة.

(أ) الأشـــــياء المتروكة:

هـــى التى يتخلى عنها أصحابها بنية النزول عن ملكيتها، فتصير ســـائبة، كـــالملابس البالية والأوراق المهملة ومخلفات القمامة، وما يتم إلقاءه من نقود أو حلوى فى مناسبات الأفراح.

التـــرك كما يتضح يتكون من عنصرين: مادي، وهو التخلى عن حيازة الشيء، ومعنوى، وهو توافر نية التخلى عن ملكيته، لذا فإن مثل هذه المنقولات تصبح بلا مالك ويجوز الاستيلاء عليها.

وتعبـــر محكمة النقض عن ذلك بقولها: الشيء المتروك هو الذى يســـتغنى صـــاحبه عنه بإسقاط حيازته وبنية إنهاء ما كان له من ملكية عليه فيعدو بذلك ولا مالك له، فإذا استولى عليه أحد فلا يُعد سارقًا ولا جـــريمة فـــى الاســـتيلاء على الشيء، لأنه أصبح غير مملوك لأحد ، والعبـــرة فى ذلك بواقع الأمر من جهة المتخلى وليس بما يدور فى خلد الجانـــى، وهذا الواقع يدخل تحريه واستقصاء حقيقته فى سلطة قاضى الموضـــوع الذى له أن يبحث فى الظروف التى يستفاد منها أن الشيء متروك أو مفقود[1].

لا يكفى لاعتبار الشيء متروكًا أن يسكت المالك من المطالبة به، أو يقعد عن السعى لإسترداده بل لابد أن يكون تخليه واضحًا من سلوك إيجابي يقوم به مقرونًا بقصد النزول عنه[2].

---

(١) نقض ١٩٥٩/٤/٢٧ س ١٠ ص ٤٩٥.

(٢) نقض ١٩٥٩/٤/٢٧ س ١٠ ص ٤٩٥.

(ب) الأشياء المودعة فى القبور:

تقــرر محكمة النقض بأن الأكفان والملابس والحلى وغيرها من الأشــياء التــى اعــتاد الناس إيداعها القبور مع الموتى تعتبر مملوكة لورثتهم، وقد خصصوها لتبقى مع جثث موتاهم لما وقر فى نفسهم من وجوب إكرامهم فى أجداثهم على هذا النحو موقنين بأن لا حق لأحد فى العــبث بشــيء ممــا أودع. فهذه الأشياء لا يمكن عدها من قبيل المال المــباح الســائغ لكــل شــخص تملكه بالاستيلاء عليه. فمن يشرع فى اختلاس شيء من ذلك يعد شارعًا فى سرقة وعقابه واجب قانونًا[1].

(ج) الكنــــــز:

الكنز هو الشيء المدفون الذى لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته. أى أن الكنــز يجب أن يكون مدفونًا أما إذا كان ملقى على الأرض فلا يعد كنزًا بل يدخل فى حكم الأشياء الضائعة أو اللقطة، والدفن سواء بباطن الأرض أو حائط يعنى أننا بصدد منقول منفصل عن الأرض لذا يختلف الكنــز عن المعادن والأحجار الموجودة بالأرض حيث تعد جزءًا منها وذلك كالحديد والنحاس والذهب والجرانيت والبترول.

والكنز هو الذى لا يستطاع إثبات ملكيته، فإذا تم التوصل إلى أنه مملوك لشخص معين استرده حتى ولو كان صاحبه قد خبأه خوفًا عليه. لذا يصعب القول بأن الكنز لا مالك له، بل إنه مملوك إلا أن هذا المالك غير معروف.

والقاعــدة العامة هى أن الكنز يكون لمالكه إذا عرف هذا المالك، فإذا لم يعرف مالكه، فإنه يكون لصاحب الأرض التى وجد بها. وبعبارة أخــرى فــإن الكنز المدفون أو المخبوء الذى لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له، يكون لمالك العقار الذى وجد فيه الكنز أو لمالك الرقبة.

---

(١) جلسة ١٩٣٦/٤/٣٠، طعن رقم ١١٧٥ سنة ٦ق جنائى

والكنــز الــذى يعثــر عليه فى عين موقوفة يكون ملكًا خاصًا للواقف ولورثته[1].

(د) الركـــــاز:

إذا وجــد فى أرض مملوكة لشخص معين معدن ذهب أو فضة أو حديــد أو نحاس أو نحوه من الجوامد فإنه يكون ملكًا لصاحب الأرض، وإذا كانت المنفعة لشخص والرقبة لشخص آخر فلمالك الرقبة. وللدولة وحدها حق التنقيب عن المعادن وتعويض مالك الأرض تعويضًا عادلاً، ومــا يعثــر علــيه بعــد التنقيب يكون لها، ولا يجوز للأفراد ذلك إلا بترخيص من الدولة أو فيما جرى به عرف.

مــؤدى ذلك أن كل المعادن والجوامد التى يعثر عليها دون تنقيب تكون من حق مالك الأرض أو مالك الرقبة.

أمــا التنقيب عن هذه الأشياء فهو من حق الدولة وحدها ولا يجوز للأفــراد ذلك إلا بترخيص منها أو فيما جرى به عرف. وما يُعثر عليه بعد التنقيب يكون للدولة، ويجب تعويض مالك الأرض تعويضًا عادلاً.

(هـ) الآثـــــار:

تتمــثل فى العقارات أو المنقولات التى تتسم بقيمة حضارية كبيرة ترتبط بتاريخ الأمة وتراثها القومى.

وتــنظم الآثــار قرارات وقوانين خاصة. والقاعدة العامة، فى هذا الشــأن، أن الآثار تعد من الأملاك العامة للدولة، ولو وجدت فى ملكية خاصة. ويتعين على من يعثر عليها الإبلاغ عنها فى الحال إلى الجهات الإدارية المختصة.

---

(1) م ٨٧٢ مدنى، منصور مصطفى منصور، ص ٢٧٨.

٦

(و) اللقطـــــة:

أولاً : مفهــوم اللقطة: اللقطة هى الشيء الضائع من الغير يُلتقط لحفظه لمالكه لا لتملكه.

فاللقطة هى المنقول الضائع الذى يفقده صاحبه فيعثر عليه شخص آخر ويلتقطه. وتختلف اللقطة عن الشيء المتروك فى آن الأخير يتخلى صـاحبه عـن ملكيته، أما الشيء الضائع فلم يتخل عنه صاحبه ويظل مالكًا له رغم فقده حيازته، لذا لا يجوز الاستيلاء عليه وينبغى على من يعثر عليه أن يرده إلى صاحبه. وتختلف اللقطة عن الكنز فى أن الكنز يكــون مدفونًا أو مخبوءًا، إلا أن كل منهما يكون مملوكًا لشخص غير معروف.

وتقرر محكمة النقض بأن الشيء الصانع هو الذي يُفقد من صاحبه بســبب غير إرادي ولا يعثر عليه فيعثر عليه شخص آخر ــ ويلتقطه، ولا يــتحقق ضياع الشيء من مالكه إلا إذا خرج من حوزته تمامًا ولم تعد له سيطرة عليه[1].

ثانــيًا: حكــم اللقطــة فى الشريعة الإسلامية: اللقطة أمانة فى يد ملتقطها إلى أن يعلم أن صاحبها لا يطلبها، أو أنها تفسد إن بقيت فيكون له التصرف فيها وفقًا للأحكام التى يقررها القانون.

وللملــتقط الحــق فـــى بيع اللقطة إذا خشى فسادها إذا كانت من الأشــياء التـــى تفسد بمرور الوقت، وينبغى عليه الاحتفاظ بقيمتها أى بالثمن الذى تم بيعها به، وذلك لحين معرفة صاحبها.

وإذا وقع اليأس ــ رغم الإعلان الكافى عنها ــ من التعرف على صــاحب اللقطــة أو عودته تم التصرف فيها لفقير أو لمصلحة بمعرفة الملــتقط. أى أن الملــتقط يعتبر أمينًا وحارسًا للقطة إلى أن يردها إلى

---

(١) الطعن ٤٧٩ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٨٨/١١/٢٠.

صـــاحبها، لذا تقع عليه مسئولية فى الحفظ والتصرف. لذا ينبغى توافر أربعة شروط فى الالتقاط هى:

(١) أن يكون الملتقط مميزًا.

(٢) أن يلـــتقط ما خشى فواته ولو فى بيت مالكه إذا ظن فواته أو التبس عليه ذلك.

(٣) أن يلتقط من موضع ضياع يجهله مالكه.

(٤) أن يلتقط بنية رده إلى مالكه إن كان يعلمه أو للتعريف به حتى يوجد مالكه.

وإذا فقد الالتقاط شرطًا من الشروط الثلاثة الأخيرة، اعتبر الملتقط غاصـــبًا ويضـــمن اللقطـــة ضمان غصب لمالك الشيء إن عرف أو للمصالح إن لم يعرف مالكه. مثال ذلك من يلتقط شيء لا يخشى فواته أو ضياعه، أو يلتقط شيء من موضع يعرف مالكه، أو الملتقط الذى لا تتوافر لديه نية رد الشيء.

أمـــا إذا كـــان الملتقط غير مميز كالصغير أو المجنون فلا يتحمل مسئولية اللقط ولا تجب عليه تصرفاته.

ويجـــب التعـــريف باللقطـــة إذا كانت قيمتها عند الالتقاط مما لا يتســـامح بمثله، وإذا كان لا يخشى من الإعلان عنها أن يستولى عليها ظالم، وكانت من الأشياء التى لا يتسارع إليها الفساد.

وعلى هذا فإن التعريف باللقطة يكون غير واجب فى غير الحالات الســـابقة، فإذا كانت اللقطة قليلة الأهمية ومما يتسامح في مثله لا يلزم التعريف بها بل يمكن التصرف فيها والتصدق بثمنها، أما إذا كانت من الأشـــياء التى يخشى فسادها فإنه يتم بيعها والاحتفاظ بالثمن ثم التصدق بـــه فـــى حالة اليأس من معرفة صاحبها. ونفس الحكم إذا كانت هناك خشية من وجود ظالم يدعى ملكيتها فى حالة الإعلان عنها.

ويكــون التعريف باللقطة فى مكان يتوقع الملتقط وجود مالكها فيه أو بإحــدى وسائل الإعلام العامة لمدة سنة يكون بعدها اليأس من عودة صاحبها أو معرفته فتصرف لفقير أو لمصلحة بمعرفة الملتقط.

وإذا قصــر الملــتقط فى التعريف باللقطة على النحو السابق فإنه يضــمن ضــمان غصــب لمالكها إن عُرف أو للمصالح إن لم يُعرف المالــك. والأصل أن الملتقط يكون متبرعًا بما ينفقه على اللقطة إلا إذا أمره القاضى بالإنفاق فيكون له الرجوع بما أنفق وله حبس اللقطة حتى يأخــذ الــنفقة. فإن تلفت بعد الحبس سقطت النفقة. وإذا كان للقطة أجر أجرها الملتقط بإذن القاضى للإنفاق عليها من الأجرة، ويجوز للقاضى أن يأمر ببيعها وحفظ ثمنها تبعًا للمصلحة[1].

وإذا ظهر من يدعى ملكية اللقطة فإن الملتقط لا يلتزم بدفعها إليه إلا إذا قدم ما يثبت ملكيتها له ببينة شرعية أو إذا بين له علامة مطابقة لما هو موجود باللقطة، ويكفى أن يصدقه الملتقط حتى ولو لم يقدم بينة أو علامة.

وإذا ضــاعت اللقطة ثم وجدها فى يد غيره فليس له حق المطالبة بها، أما إذا اغتصبها مغتصب فله حق استردادها منه.

ثالــثًا: حكــم اللقطة فى القانون الوضعى: يلتزم الملتقط بالإعلان عن أنه وجد لقطة ويحفظ المال فى يده أمانة إلى أن يوجد صاحبه، وإذا ظهــر أحد وأثبت أن تلك اللقطة ماله لزمه تسليمها، وإلا اعتبر مرتكبًا جــريمة إســاءة الأمانة. ويجب على كل من يعثر على شيء مفقود أو ضائع الإبلاغ عنه إلى أقرب مخفر[2].

وكذلك الحكم فى القانون المصرى حيث يجب على من يعثر على شيء أو حيوان ضائع، ولم يتيسر له رده إلى صاحبه، أن يسلمه أو يبلغ

---

(١) حسن كيره، ص ٤٢٤.

(٢) م ٧٧٠ من المجلة.

عـــنه إلى أقرب نقطة للبوليس فى المدن خلال ثلاثة أيام، أو إلى العمد فى القرى فى ظرف ثمانية أيام، وإلا حكم عليه بالغرامة[1].

---

(١) م ٨٧٣ مدنى، الأمر العالى الصادر فى ١٨ مايو ١٨٩٨.

البـــين من نصوص "دكريتو" الأشياء الفاقدة الصادر فى مايو سنة ١٨٩٨ أنه يلزم للحكم بالمكافأة المستحقة لمن عثر على شيء ضائع وسلمه إلى الجهة المختصة أن يكـــون لهذا الشيء قيمة مالية قابلة للتقدير وأن تتوافر للشيء هذه القيمة عند العثور عليه والتقاطه(الطعن ٤٧٩ لسنة ٥٣ق، جلسة ٢٠/١١/١٩٨٨).

الـــنص فى الفقرة الأولى من "دكريتو" الأشياء الضائعة الصادر فى ١٨/٥/١٨٩٨ علـــى أن كـــل مـــن يعثـــر على شيء أو حيوان ضائع، ولم يتيسر له رده إلى صاحبه فى الحال يجب عليه أن يسلمه أو أن يبلغ عنه إلى أقرب نقطة للبوليس فى المدن أو إلى العمد فى القرى..

وفـــى المـــادة الثانية على أن "إذا لم يطلب المالك الشيء الضائع فى ظرف سنة أو الحـــيوان المفقـــود فـــى مدة عشر أيام فيباع الشيء أو الحيوان بمعرفة الإدارة بالمـــزاد العمومـــى..." وفى المادة الثالثة "كل شخص يسلم لمأموري الحكومة الشيء أو الحيوان الضائع يكون له حق فى مكافأة قدرها عشر القيمة وفى حالة اســـترداد المالـــك للشـــيء الضائع يكون ملزمًا بدفع قيمة المكافأة بحسب تقدير الإدارة، وفـــى المادة الرابعة "ثمن الشيء أو الحيوان المباع يبقى محفوظًا على ذمـــة المالـــك مـــدة ثلاث سنوات وفى حالة الطلب يلزم تسليمه إليه بعد خصم مصـــاريف الحفـــظ والبـــيع وقيمة المكافأة المدفوعة لمن عثر علي الشيء أو الحيوان يدل على أن كل من عثر على شيء ضائع وسلمه إلى الجهة المختصة يكـــون له الحق فى اقتضاء المكافأة التى حددها النص دون نظر لما إذا كان قد أصـــاب صاحب الشيء من جراء الفقد ضرر من عدمه إذ جاءت عبارة النص عامـــة مطلقة فلا يجوز قصر تطبيقها على من أصابه ضرر من الفقد لأن ذلك يعتبـــر تقييدًا لمطلق النص وتخصيصًا لعمومه بغير مخصص وهو ما لا يجوز فطالمـــا أن للشـــيء الضائع قيمة مالية ــ على نحو ما سلف بيانه... وأن مالك الشـــيء قـــد اخـــتار استرداده فهو يلتزم بأداء قيمة المكافأة المقررة، أما إذا لم يســـترده كان لمن عثر على الشيء اقتضاء قيمة المكافأة من ثمن بيعه بمعرفة جهة الإدارة.

=

المبحث الثانى

الاستيلاء بالنسبة للعقارات

القاعـــدة أن العقارات لا تصلح لأن تكون محلاً للاستيلاء بالمعنى الدقيق، لأن العقار الذى لا مالك له يكون ملكا للدولة. ويترتب على ذلك أن مجال الاستيلاء ينحصر فى المنقولات وحدها.

فمـــن المقرر أن الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها تكون ملكـــا للدولـــة. ولا يجـــوز تملك هذه الأراضى أو وضع اليد عليها إلا بترخيص من الدولة وفقا للقوانين واللوائح[1].

وقـــد توالت القوانين الصادرة فى هذا الصدد لتنظيم هذه الأراضى وتقسيمها وبيان الهيئات القائمة عليها وسبل الانتفاع بها والتعامل عليها مع الجهات المختصة[2].

لمـــا كانت الطائرة تعد مكانا عامًا أثناء ارتياد الجمهور لها، وكان الحكم الابتدائى المـــزيد بـــالحكم المطعـــون فـــيه قد استخلص من أوراق الدعوى أن الشيكات الســـياحية موضـــوع النزاع قد فقدت من الطاعن فى الطائرة التى كان يستقلها بسبب غير إرادى ـــ وخرجت من حيازته نهائيًا ولم تعد له سيطرة عليها فعثر علـــيها المطعـــون علـــيه الأول والتقطها وسلمها إلى الشرطة التى سلمتها إلى الطاعن بناء على طلبه وكان حق المطعون عليه الأول اقتضاء المكافأة لا يتقيد بمدى أحقية الناقل الجوى فى الرجوع عليه أو بمدى أحقية الطاعن فى الرجوع علـــى الشـــركة الناقلة أو بإمكان صرف الشيكات لغير صاحبها من عدمه فإن الحكم المطعون فيه إذا اعتبر هذه الشيكات منقولاً ضائعًا وأن من حق المطعون عليه الأول الذى عثر عليها أن يقتضى المكافأة المقررة بعد استرداد الطاعن لها يكـــون فى محله ويكون النعى عليه على غير أساس. (الطعن ٤٧٩ لسنة ٥٣ق ـــ جلسة ١٩٨٨/٣/٢٠).

(١) م ٨٧٤ مدنى.

(٢) القانون ١٩٦٤/١٠٠، ١٩٨١/١٤٣، ١٩٨/٥٥، ١٩٩١/٧.

هــذا بالإضـــافة إلى القانون ١٩٦٣/٧١ الذى جعل التركات التى لا وارث لها من أموال الدولة الخاصة.

لمــا كــان المشرع أورد نصًا فى الفقرة الأولى من المادة ٨٧٤ من القانون المدنى يقضى بأن الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها تكون ملكًا للدولة، وأباح فـــى الفقرتين الثانية والثالثة من هذه المادة تملك هذه الأراضى بإحدى وسيلتين همـــا التـــرخيص من الدولة أو الاستيلاء بالتعمير، وكان المقرر فى قضاء هذه المحكمـــة أن الأراضى الداخلة فى زمام البلاد تخرج عن نطاق الأراضى غير المـــزروعة التـــى يجوز تملكها بالاستيلاء للتعمير وفقا لنص الفقرة الثالثة من المـــادة آنفة الذكر، وإذا كان المشرع قد أصدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ بتنظـــيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها وعمل به اعتبارًا من ٢٣ من مارس سنة ١٩٦٤ وتضمنت المادة ٨٦ منه نصًا على إلغاء الفقـــرة الثالـــثة من المادة ٨٧٤ من القانون المدنى، ومن ثم أصبح منذ سريان القانـــون آنف الذكر غير جائز تملك الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها بطـــريق الاســـتيلاء وتعميـــرها وإنما صار تملكها باعتبارها من أملاك الدولة الخاصـــة خاضعًا للأحكام المنصوص عليها فى هذا القانون والتى تعتبر فى هذا الصدد متعلقة بالنظام العام لما استهدفته من تحقيق مصالح عامة. (الطعن ٨٤٨ لسنة ٥٨ق، جلسة ١٩٩٠/٢٢/٠).

عـــدل القانـــون رقـــم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ نص المادة ٩٧٠ من القانون المدنى بأن أضـــاف إلـــيه حكمًـــا جديدًا يقضى بعدم جواز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة أو كسب أى حق عينى عليها بالتقادم وقد اقتصـــر على تعديل هذا النص ولم يتناول المادة ٨٧٤ من القانون المدنى التى تـــتحدث عـــن الاستيلاء باعتباره سببًا مستقلاً بذاته لكسب الملكية والتى كانت تجيـــز الفقـــرة الثالـــثة منها لكل مصرى أن يتملك بهذا الطريق ما يزرعه أو يغرســـه أو يبنـــى علـــيه من الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها وذلك بمجـــرد حصول الزرع أو الغراس أو البناء ودون اشتراط لمضى مدة ما على وضـــع يـــده وإنمـــا تفقد هذه الملكية بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خـــلال الخمـــس عشر سنة التالية للتملك. أما القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ فقد اقتصـــر علـــى حظـــر التعدى على الأراضى التى منع القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ تملكهـــا بالـــتقادم وتخـــويل الجهة الإدارية صاحبة الشأن حق إزالة هذا الـــتعدي بالطـــريق الإدارى، ومـــن ثم فلا يكون للتعديل الذى أدخل بالقانونين =

وقد جرى قضاء محكمة النقض على أن أخذ أحجار من الجبل من غير المناطق المخصصة للمحاجر لا يعتبر سرقة لأن تلك الأموال مباحة وملكية الحكومة لها هى من قبل الملكية السياسية العليا لا الملكية المدنية التى يُعد اختلاسها سرقة. فلا عقاب على من أخذ هذه الأحجار إلا فى صورة ما إذا ثبت أن الحكومة وضعت يدها عليها وضعًا صحيحًا يخرجها من أن تكون مباحة إلى أن تكون داخلة فى ملكها الحر أو المخصص للمنفعة العامة[1].

المذكورين على المادة (٩٧٠) الواردة ضمن النصوص الخاصة بالتقادم المكسب أثر على نص المادة ٨٧٤ من القانون المدنى لاختلاف سبب كسب الملكية فى كل منهما. (نقض ١٩٦٩/٢/٢٠، س ٢٠ ص ٣٦٨)

إن الأراضى الداخلة فى زمام البلاد تخرج عن نطاق الأراضى غير المزروعة التى كان يجوز تملكها بالاستيلاء طبقًا للمادة ٨٧٤ مدنى وبالتالى فلا يرد عليها التملك بالاستيلاء سواء كانت وسيلته هى الترخيص أو التعمير. (الطعن ١٢٧٩ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٦/١/٢٢).

(١) نقض ١٩٣٢/٣/١٤ طعن رقم ١٤١٣ سنة ٢ ق، جنائى.



الفصل الثانى
الميـــــراث

يعد الميراث سببًا من أسباب كسب الملكية وبعض الحقوق العينية الأخـــرى كحق الارتفاق وحق القرار، أما حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى فإنها تنتهى بوفاة صاحبها. فالميراث يؤدى إلى نقل الملكية من ذمة المتوفى إلى ذمة الورثة.

ويتمـــثل الميـــراث فى انتقال المال من ذمة الميت إلى ذمة الحى، فالوارث يخلف المورث فى ماله بمجرد موته، ويتم الاستخلاف هنا بقوة القانـــون دون أن يكون لإرادة الأطراف دخل فى ذلك. ويعتبر الوارث خلفا عامًا للمورث فى كل التركة أو فى حصة منها.

ولاشـــك أن دراســـة الميراث، فى مصر، تتعلق بأحكام الشريعة الإســـلامية وتـــرتبط بالقوانين الصادرة فى هذا الشأن، لذا فإننا سوف نقتصـــر هـــنا علـــى بعض الأحكام التى تتعلق بمبادئ القانون المدنى المستمدة من أحكام الشريعة.

والقاعدة الجوهرية فى هذا الصدد هى أن أحكام الشريعة الإسلامية هـــى التـــى تطبق على جميع مسائل المواريث، ويدخل فى ذلك تعيين الورثة، وتحديد نصيب كل منهم، وكيفية انتقال الأنصبة إليهم.

ونعـــرض فى هذا الصدد لأمرين: الأول: هو مبدأ لا تركة إلا بعد ســـداد الديـــون، الثانـــى: التصفية الجماعية للتركة. ثم نعرض لبعض الأحكام المدنية المتعلقة بالميراث.

المبحث الأول

لا تركة إلا بعد سداد الديون

ثـار الخلاف بمناسبة تطبيق القاعدة الشرعية التى تقضى بأنه لا تـركة إلا بعد سداد الديون حول تحديد وقت انتقال التركة إلى الورثة، ومدى حقوق دائنى التركة قِبَل الوارث.

(أ) وقت انتقال التركة إلى الورثة:

يجمـع الفقه الإسلامى على أنه ينبغى استيفاء الدين والوصية قبل توزيع التركة، أى أن كل من الدين والوصية يتقدمان على حق الوارث. إلا أن الخـلاف ثـار حـول تحديـد الوقت الذى تنتقل فيه التركة إلى الـوارث، هل تنتقل التركة إلى الورثة مثقلة بما عليها من ديون بمجرد الوفاة؟ أم هل يكون الانتقال بعد وفاء الديون؟

يـرى البعض أن التركة لا تنتقل إلى الورثة بمجرد الوفاة، وإنما يتحقق ذلك بعد سداد الديون، فالدين يمنع انتقال التركة إلى الوارث حيث لا ميراث إلا بعد سداد الدين ومن ثم لا ملك للورثة إلا بعد أدائه.

ويـرى البعض أن التركة تبقى على حكم ملك المورث بعد وفاته، إلـى أن يتم قضاء الديون، ولا يكون للورثة أى حق عليها إلا بعد وفاء الديون. فإذا كانت التركة مستغرقةً بالدين فإنها تبقى كلها على حكم ملك المتوفـى حتى سداد ديونه، وإن كانت غير مستغرقة بالدين، بقى على حكم ملك المتوفى ما يكفى للوفاء بدينه وانتقل ما يزيد عنه إلى وارثه.

ويرى البعض الآخر أن التركة تنتقل إلى الورثة بمجرد الوفاة[1]، سواء أكانت مستغرقة بالدين أم لم تكن، هذا مع تعلق الدين بها.

---

(١) انـتقال الحقـوق العقاريـة مـن المـورث إلى الورثة. تمامه بمجرد الوفاة. اسـتخلاص الحكـم بأسـباب سائغة انتقال ملكية المنزل المشفوع به بوفاة والد المطعـون ضـده الأول إلى ملكية الورثة ومن بينهم المطعون ضده المذكور.

=

وهذا هو الرأى الراجح، الذى تبنته محكمة النقض، حيث إن الدين وإن كان مستغرقا للتركة لا يمنع انتقالها لورثة المدين عند موته، ويترتب على ذلك أن إيراد التركة ونتاجها يكون حقا خالصًا للورثة، فلا يتعلق به حق الدائنين، وإنما يتعلق حقهم بالأصل فقط[1].

كاف لحمل قضائه وفيه الرد الضمنى المسقط لما عداه. (الطعن رقم ١٦٣ لسنة ٥٩ق، جلسة ١٤/٤/١٩٩٣).

انتقال الحقوق العقارية من المورث إلى الورثة. تمامه بمجرد الوفاة طبقًا لقواعد الشريعة الإسلامية، م ١٣ ق ١١٤ لسنة ١٩٤٦. (الطعن رقم ٣٤٣٤ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٤ ـ الطعن ١٧٠ س ٥٨ق فى ٢٠/٤/١٩٩٥).

(١) وقد تبنت محكمة النقض ذلك بقولها: "إن الدين، وإن كان مستغرقًا للتركة، لا يمنع انتقالها لورثة المدين عند موته. وهذا يتفرع عليه أن إيراد التركة ونتاجها يكون حقا خالصًا للورثة فلا يتعلق حقهم بالأصل فقط. وقد قال بهذا فريق من فقهاء الشريعة الإسلامية فى تفسير قاعدة "لا تركة إلا بعد وفاء الدين" وهو قول يتفق وأحكام القانون المدنى، فادعاء الحائز لأعيان التركة بدين كبير على التركة مستغرق لها لا يصح الاستناد إليه فى التمسك بقاعدة "لا تركة إلا بعد وفاء الدين" فى وجه الوارث الذى يطلب إيراد نصيبه فى التركة، ما دام الدين غير ثابت ومحل نزاع غير جدى. (جلسة ٧/١٢/١٩٤٤ طعن رقم ١٠٠ سنة ١٣ق)

مفاد نص المادة (١/٨٧) من القانون المدنى أن أيلولة العقارات إلى الوارث بمقتضى حق الإرث إنما تترتب على مجرد واقعة هى موت المورث وقيام سبب الإرث بالوارث دون أن يكون ذلك متوقفا على شهره ومفهوم المواد ٨٧٩ /٢، ٨٩٧، ٠٠، ٩١٤ من القانون المدنى أن المشرع المصرى قد غلب مذهب فقهاء الشرع الذى يقضى بأن أموال المورث تنتقل إلى الورثة بمجرد الوفاة سواء كانت التركة مستغرقة بالدين أو غير مستغرقة أما التزامات المورث فلا تنتقل إلى ذمة الوارث لمجرد كونه وارثا إلا فى حدود ما آل إليه من أموال التركة. (نقض ٢٤/٦/٨١ س ٣٢ ص ١٩٢٥).

وتلـك هـي النتيجة العملية للخلاف المتقدم فإذا قلنا بالرأى الآخر وهـو أن التـركة لا تنتقل إلى الورثة بمجرد الوفاة بل بعد الانتهاء من الديون فإن ذلك معناه إن إيراد التركة ونتاجها يكون من حق الدائنين.

(ب) عدم مسئولية الورثة عن ديون التركة:

وانتقال التركة إلى الورثة ليس معناه مسئوليتهم عن ديونها، بل إن التركة منفصلة شرعًا عن أشخاص الورثة وأموالهم الخاصة، وللدائنين عليها حق عينى تبعى، بمعنى أنهم يتقاضون منها ديونهم قبل أن يؤول شيء منها للورثة وبصرف النظر عن نصيب كل منهم فيها.

وتلـك هـي القاعـدة الأساسية أى استقلال شخصية الوارث عن شخصـية المـورث، وتنـتقل أموال التركة إلى الوارث بمجرد موت المورث، إلا أنها تكون محملة بحقوق دائنى المورث. وينحصر ضمان هؤلاء الدائنين فى تلك الأموال، ومن ثم لا يجوز لهم التنفيذ على أموال الوارث الخاصة، إذا كانت أموال التركة لا تكفى لسداد ديون المورث.

وتعبر محكمـة النقض عن ذلك المبدأ بقولها أن شخصية الوارث ــ وعلـى مـا جرى به قضاء هذه المحكمة ــ مستقلة عن شخصية المورث، كما أن التركة منفصلة عن أشخاص الورثة وأموالهم الخاصة وتتعلق ديون المورث بتركته ولا تنشغل بها ذمة ورثته ومن ثم لا تنتقل التزاماته إلى ذمة الوارث لمجرد كونه وارثًا إلا فى حدود ما آل إليه من أموال التركة[1].

---

(١) الطعن رقم ١١٠٣ س ٥٣ق جلسة ١٩٨٥/١١/٢٧.

شخصـية الـوارث ــ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ــ تعتبر مستقلة عن شخصـية المورث وتتعلق ديون المورث بتركته، لا بذمة ورثته، ولا يقال بأن التـزامات المـورث تنـتقل إلى ذمة الوارث لمجرد كونه وارثًا، إلا إذا أصبح الـوارث مسـئولاً شخصيًا عن التزامات المورث كنتيجة لاستفادته من التركة، وتـبعًا لذلك لا يعتبر الوارث الذى خلصت له ملكية أعيان التركة أو جزء منها

-

فلا يصح توقيع الحجز لدين على المورث إلا على تركته[1].

وتقرر بأن مؤدى أحكام الشريعة الإسلامية التى تحكم الميراث هو أنــه حــين يــرث الدائن المدين فإنه ــ وعلى ما جرى به قضاء هذه

قبل وفاة مورثه مسئولاً عن التزامات هذا الأخير قبل من تعامل معه بشأنها ولم تنــتقل إليه ملكيتها بعد ويعتبر هذا الوارث شأنه شأن الغير فى هذا الخصوص. (نقض ١٩٧٤/١٠/١٥ س ٢٥ ص ١١٣٥).

من المقرر ــ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ــ أن شخصية الوارث، وإن كانت تعتبر مستقلة عن شخصية المورث وتتعلق ديون المورث بتركته لا بذمة ورثــته إلا أن التــزامات المــورث تنــتقل إلى ذمة الوارث إذا أصبح مسئولاً شخصــيًا عنها كنتيجة لاستفادته من التركة، وتبعًا لذلك يعتبر الوارث الذى آل إلــيه نصيب من أموال التركة مسئولاً شخصيًا عن التزامات المورث فى حدود مــا آل إليه، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بإلغاء الحجز الموقع على مــنقولات المطعــون ضــدها الأولى استيفاء لدين على تركة مورثها على أنها المالكــة لتلك المنقولات، إذ كان هذا الذى قرره الحكم لا يصلح ردًا على دفاع الطاعنة الذى تمسكت فيه بأن المطعون ضدها الأولى قد آلت إليها ــ عن نفسها وبصفتها وصية على أولادها القصر ــ أموال تركة المدين فتسأل شخصيًا عن التــزامات المــورث فى حدود ما آل إليها فإنه يكون مشوبًا بالقصور. (الطعن ١٠٣٦ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٩١/٤/٣٠).

الحائــز فــى التنفيذ العقارى الذى أوجبت المادة ٦٢٦ من قانون المرافعات السابق إنذاره بدفع الدين أو تخلية العقار هو ــ كما عرفته المادة ٢/١٠٦٠ من القانون المدنــى ــ كل من انتقلت إليه بأى سبب من الأسباب ملكية العقار المرهون أو أى حــق عينــى آخر عليه قابل للرهن دون أن يكون مسئولاً مسئولية شخصية عن الدين، مما مؤداه ــ وعلى ما قررته الأعمال التحضيرية للقانون المدنى أن الــوارث لا يعتبــر حائزًا للعقار المرهون من المورث لأن المبدأ القاضى بألا تركة إلا بعد سداد الدين من شأنه ألا يجعل ملكية العقار المرهون تنتقل إليه من المــورث إلا بعد سداد الدين المضمون وزوال الرهن. (نقض ١٩٧٤/١٠/٢٢ س ٢٥ ص ١١٥٣)

(١) نقض ٨١/٢/١٦ س ٣٢ ص ٥١٦.

المحكمـــة ـ لا يرث الدين الذى على التركة حتى ولو كان هو الوارث الوحـــيد للمدين لما هو مقرر فى الشريعة من أنه لا تركة إلا بعد سداد الديـــون مما مقتضاه أن تبقى التركة منفصلة عن مال الدائن حتى تسدد الديون التى عليها ومن بينها دينها له وبعد ذلك يرث الدائن وحده أو مع غيـــره مـــن الـــورثة ما يتبقى من التركة فلا ينقضى دينه باتحاد الذمة بالنسبة لنصيبه الميراثى[1].

وتقرر بأن الديون ـ المستحقة على التركة ـ غير قابلة للانقسام فى مواجهة الورثة فيلتزم كل منهم بأدائها إلى الدائنين طالما كان قد آل إليه من التركة ما يكفى للسداد فإن كان دون ذلك فلا يلزم إلا فى حدود مـــا آل إليه من التركة، لأن الوارث لا يرث دين المورث وله الرجوع على باقى الورثة بما يخصهم فى الدين الذى وفاه كل بقدر نصيبه[2].

(ج) تصرف الورثة فى التركة قبل سداد الديون:

اخـــتلفت المذاهب الفقهية فى حكم تصرف الورثة فى التركة قبل ســـداد الديـــون، ومـــرجع الخلاف هو الرغبة فى حماية دائنى التركة. ويمكن إجمال هذا الخلاف فى اتجاهين:

الأول: يـــرى بطلان تصرف الوارث فى التركة قبل سداد الدين، لأن التـــركة تنـــتقل إليه مثقلة بها الدين، فلا يجوز تصرفه لتعلق حق الـــدائن بها، ولو كانت التركة غير مستغرقة بالدين. ولا يرفع البطلان الوفاء بالدين بعد إبرام التصرف.

الثانـــى: يرى صحة التصرف فى مال التركة مادام لا يمس حق الـــدائن، أى يكون التصرف صحيحًا فيما زاد عما يكفي لقضاء الدين، بأن بقى فى التركة ما يفى بالدين أو تم قضاء الدين فعلاً من ثمن ما تم التصرف فيه، أى أنه يمكن القول بأن التصرف صحيح بين أطرافه إلا

---

(١) نقض ٦٩/٥/١٣ س ٢٠ ص ٧٦٩.

(٢) نقض ١٩٧٧/٢/٢٣ س ٢٨ ص ٥٤٨.

أنـــه لا يكون نافذًا فى حق الورثة إلا بعد استيفاء ما لهم من ديون من أموال التركة.

وترتيبًا على ذلك حكم بأن الوارث يملك شرعًا ما يكون مورثه قد تـــركه من أموال وقت الوفاة، والقول بأن لا تركة إلا بعد سداد الدين لا يقصـــد بـــه أن التركة تبقى معلقة لا مالك لها حتى تدفع ديون المورث كلهـــا، إنما معناه أن الوارث يظل ملزمًا بدين مورثه بنسبة ما أخذه من التركة[1].

(د) شهر حق الإرث:

"يجـــب شـــهر حق الإرث بتسجيل إشهادات الوراثة الشرعية أو الأحكـــام النهائـــية أو غيرها من السندات المثبتة لحق الإرث مع قوائم جـــرد التركة إذا اشتملت على حقوق عينية عقارية، وذلك بدون رسم، وإلى أن يتم هذا التسجيل لا يجوز شهر أى تصرف يصدر من الوارث فى حق من هذه الحقوق.

ويجوز أن يقصر شهر حق الإرث على جزء من عقارات التركة، وفـــى هـــذه الحالـــة يعتبر هذا الجزء وحده يبنى على أساسه تصرفات الورثة[2].

---

(١) مفاد نص المادة ١٣ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى ـــ وعلـــى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ـ أن المشرع لم يجعل شهر حق الإرث شـــرطًا لانـــتقال الحقـــوق العينية العقارية إلى الورثة حتى لا تبقى هذه الحقـــوق بغير مالك لحين شهر حق الإرث، وإنما تؤول هذه الحقوق للورثة من وقت وفاة المورث باعتبار أن انتقال ملكية أعيان التركة بما فيها الحقوق العينية العقارية من المورث إلى الوارث أثر يترتب على واقعة الوفاة، واكتفى المشرع فى مقام تحديد الجزاء على عدم شهر حق الإرث بمنع شهر أى تصرف يصدر مـــن الوارث فى أى عقار من عقارات التركة دون منع التصرف ذاته. (الطعن رقم ١١٣٩ س ٥١ق جلسة ١٩٨٥/١/٢٤).

(٢) منصور مصطفى منصور، ص ٤٦٣.

ويـتم التقدم بطلب شهر حق الإرث من الوارث أو من يقوم مقامه وكذلك من جانب كل ذى شأن"[1].

يتضـح من ذلك أن القاعدة الأساسية، هى أن أموال الشركة تنتقل من ذمة المورث إلى ذمة الوارث فور الوفاة مباشرة دون حاجة إلى أى إجراء. ولا يشترط شهر حق الإرث لذلك. ولكن هذا الشهر شرط أولى لشـهر أى تصـرف يصـدر من الوارث فى حق من الحقوق العينية العقارية الداخلة فى التركة[2].

---

(۱) م ۱۳ ، ۱۸ من قانون الشهر العقارى ١١٤ لسنة ١٩٤٦.

(۲) نـص المادة ۱۳ من القانون رقم ١١٤ لسنة ٤٦ بتنظيم الشهر العقارى، مفاده أن المشرع لم يعلق انتقال الحقوق العقارية من المورث إلى الورثة على إشهار حق الإرث كما هو الحال بالنسبة لتسجيل التصرفات العقارية فظل انتقال حقوق المـورث إلـى الـورثة بمجرد الوفاة طبقًا لقواعد الشريعة الإسلامية وانحصر جـزاء عدم شهر حق الإرث على منع شهر أى تصرف يصدر من الوارث فى حق من هذه الحقوق. (الطعن رقم ۲۹۰ س ٤٩ق جلسة ١٩٨٢/١٢/١)

مفـاد نص المادتين ١٣، ٤٨ من قانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ أن انـتقال ملكية أموال التركة إلى الورثة لا يتوقف على شهر حق الإرث كما هو الشـأن فى عقد البيع بل إن أموال التركة تنتقل ملكيتها إلى الورثة بمجرد وفاة المـورث وأنـه يحـق أن يقوم بشهر حق الإرث كل ذى شأن، ولما كان من تصـرف لـه الـوارث لا يستطيع شهر التصرف الصادر له إلا بعد شهر حق الإرث لذلك يكون له مصلحة فى شهر هذا الحق وأن يقوم به وبالتالى فإن عدم شـهر الوارث حق الإرث لا يعتبر مانعًا من الحكم للمتصرف إليه بصحة ونفاذ عقـد البيع الصادر له فى شأن أى حق عينى آل للبائع بالميراث ذلك أن دعوى صحة ونفاذ عقد البيع دعوى استحقاق مالا يقصد بها تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل ملكية المبيع إلى المشترى تنفيذًا عينيًا ويجاب المشترى إلى طلبه إذا كـان انـتقال الملكية إليه وتسجيل الحكم الذى يصدر فى الدعوى ممكنين. (الطعن رقم ٦٢٤ س ٥١ق جلسة ١٩٨٤/٦/٢١)

وتعبر محكمة النقض عن ذلك بقولها: "المشرع لم يجعل شهر حق الإرث شرطًا لانتقال الحقوق العينية العقارية إلى الورثة من وقت وفاة المـــورث باعتبار أن انتقال ملكية أعيان التركة بما فيها الحقوق العينية العقارية من المورث إلى الوارث أثر يترتب على واقعة الوفاة، واكتفى المشرع فى قيام تحديد الجزاء على عدم شهر حق الإرث بمنع شهر أى تصـــرف يصدر من الوارث فى أى عقار من عقارات التركة دون منع التصرف ذاته" [1].

(هـ) حماية دائنى التركة:

نظـــم القانون طريقين لحماية دائني التركة وتمكينًا لهم من استيفاء حقوقهم من أموالها:

الأول: الإجـــراءات الفردية، حيث يقوم كل دائن باستيفاء حقه من أموال التركة.

الثانـــى: التصفية الجماعية، التى يقوم بها المصفى وحده ويترتب علـــيها المساواة بين الدائنين حيث يمتنع على أى منهم اتخاذ إجراءات فردية، ويمتنع على الورثة التصرف فى أى مال من أموال التركة[2].

---

(١) نقـــض ١٩٨٣/٣/٣٠ س ٣٤ ص ٨٦١؛ طعـــن ٣٤٦٩ س ٥٨ق فى ١٩٩٣/٢/٢١

مـــنع شـــهر تصـــرفات الوارث قبل شهر حقه فى الإرث. علة ذلك. المتعامل مع المورث له الأفضلية على المتعامل مع الوارث الذى أشهر حقه فى الإرث عند تـــزاحمهما متى أشر بحقه فى هامش شهر حق الإرث خلال سنة من حصوله. أثـــر ذلـــك. الاحتجاج بالتصرف الصادر من المورث فى مواجهة من تلقى حقًا عينـــيًا مـــن الوارث. م ١٣، ١٤ ق ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى. (الطعن رقم ٩٩١ لسنة ٦١ق، جلسة ١٩٩٢/٦/٢٣).

(٢) مفـــاد نصـــوص المـــواد ٨٤٤ ، ٨٩٩، ٩٠٠، ٩٠١ مـــن القانون المدنى أن الـــوارث لا يتصـــل أى حق له بأموال التركة ما دامت التصفية قائمة. (الطعن ٢٨٤ لسنة ٢٢ق جلسة ١٩٥٦/٣/٨ س ٧ ص ٢٩٦).

وقــبل أن نعرض للتصفية الجماعية، يجدر الإشارة إلى أن حماية دائنى التركة لا يتمثل فقط فى ضمان استيفاء حقوقهم، بل يتم أيضًا من خلال حمايتهم من مزاحمة دائنى الوارث، فهؤلاء لا يستطيعون مزاحمة دائنى المورث فى اقتضاء حقوقهم من أموال التركة.

وينبغـــى مـــن جهـــة أخـــرى حماية دائنى المورث من تصرفات الـــوارث، فالـــوارث يتملك أموال التركة بمجرد وفاة المورث، ومن ثم يكـــون لـــه حق التصرف فيها، وقد يضر ذلك بحقوق دائنى المورث، ويثور التعارض بين حقوق هؤلاء الدائنين وحقوق المتصرف إليهم من الورثة[1].

---

(١) أن التـــركة عند الحنفية ـــ مستغرقة كانت أم غير مستغرقة ـــ تنشغل بمجرد الـــوفاة بحق عينى لدائنى المتوفى يخول لهم تتبعها واستيفاء ديونهم منها بالتقدم علـــى سواهم ممن تصرف لهم الوارث أو من دائنيه. وهذا هو القانون الواجب علـــى المحاكم المدنية تطبيقه إذا ما تعرضت للفصل فى مسائل المواريث بصفة فـــرعية. ولا يحول دون ثبوت هذا الحق العينى لدائن التركة التعلل بأن الحقوق العينـــية فى القانون المدنى وردت على سبيل الحصر وبأن حق الدائن هذا من نـــوع الرهن القانونى الذى لم يرد فى التشريع الوضعى، وذلك لأن عينية الحق مقـــررة فـــى الشـــريعة الإســـلامية، هى ـــ على ما سبق القول ـــ القانون فى المواريث.

وإذن فالحكم الذى ينفى حق الدائن فى تتبع أعيان تركة مدينه تحت يد من اشتراها ولو كان المشترى حسن النية وعقده مسجلاً يكون مخالفا للقانون. (جلسة ٢/٢٧/١٩٤٧ طعن رقم ١١١ سنة ١٥ق).

مؤدى قاعدة "أن لا تركة إلا بعد سداد الدين" أن تركة المدينين تنشغل بمجرد الوفاة بحـــق عينى لدائنى المتوفى يخول لهم تتبعها واستيفاء ديونهم منها تحت يد أى وارث أو من يكون الوارث قد تصرف إليهم ما دام أن الدين قائم دون أن يكون لهـــذا الوارث حق الدفع بانقسام الدين على الورثة. أما إذا كان الدين قد انقضى بالنســـبة إلى أحد الورثة بالتقادم فإن لهذا الوارث ـــ إذا ما طالبه الدائن قضائيًا ـــ أن يدفـــع بانقضاء الدين بالنسبة إليه. كما لا تمنع المطالبة بالدين من تركة المـــدين المورث من سريان التقادم بالنسبة إلى بعض ورثة المدين دون البعض ـ

فمـــن المقــرر أن الملكية لا تنتقل إلى المشترى إلى بتسجيل عقد البيع وأن العقد الذى لم يسجل لا ينشئ إلا التزامات شخصية بين طرفيه فـــإذا لم يسجل المشترى من المورث عقده فلا تنتقل إليه الملكية ويبقى العقـــار على ملك المورث وينتقل منه إلى ورثته. فإذا تصرف الوارث بالبـــيع بعد ذلك فى ذات العقار فإنه يكون قد تصرف فيما يملك تصرفًا صحيحًا وإن كان غير ناقل للملكية طالما لم يتم تسجيل العقد[1].

ينبغـــى التفرقة فى هذا الصدد بين التصرف فى العقار والتصرف فى المنقول:

أولاً: بالنســـبة للعقارات: تتم المفاضلة بين حقوق دائنى المورث وحقوق المتصرف إليه من الوارث على أساس الشهر.

مـــن المقرر أنه لا يجوز شهر التصرف الصادر من الوارث فى حق عينى على أحد عقارات التركة إلا بعد تسجيل حق الإرث. وبدون هذا التسجيل يكون المتصرف إليه من الورث مجرد دائن عادى له ولا يكتسب الحق فى مواجهة دائنى التركة.

وإذا تم تسجيل حق الإرث يستطيع دائن المورث حماية نفسه عن طريق التأشير بحقه فى هامش تسجيل حق الإرث خلال سنة من تاريخ هـــذا التسجيل. ويترتب على هذا التأشير أن يصبح حق الدائن نافذًا فى مـــواجهة كـــل من يتلقى من الوارث حقًا عينيًا على عقار من عقارات التـــركة، ويكـــون له أن يتتبع العقار فينفذ بحقه عليه فى يد المتصرف إليه.

الآخـــر الـــذين انقطع التقادم بالنسبة إليهم متى كان محل الالتزام بطبيعته قابلاً للانقسام. (نقض ٦٢/٦/٧ س ١٣ ص ٧٧٤)

(١) الطعن رقم ١٢٠٢ س ٥١ق جلسة ١٩٨٢/١٢/١٩.

وإذا قـــام الـــدائن بالتأشير بحقه بعد انقضاء سنة من تسجيل حق الإرث، فإن المفاضلة بينه وبين المتصرف إليه من الوارث تكون على أساس الأسبقية فى الشهر[1].

وإذا خضـــعت التـــركة لنظام التصفية، فإن قيد الأمر الصادر من المحكمة بتعيين المصفى يقوم مقام تأشير الدائن بدينه فى هامش تسجيل حق الإرث[2].

ثانـــيًا: بالنسبة للمنقولات: تتم المفاضلة بين حقوق دائنى المورث وحق المتصرف إليه على أساس قاعدة الحيازة فى المنقول.

---

(١) إن حـــق دائن التركة فى تتبع العين المبيعة منها لا يشترط له ــ لكى ينفذ فى حق المشترى ــ أن يكون الدين مسجلاً أو مشهرًا. (جلسة ١٩٤٦/١/٢٤ طعن ١٠ س ١٥ق).

لا يقتصـــر حكم الفقرة الأخيرة من المادة (١٤) من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ علـــى دائنـــى التـــركة مـــن غير الورثة ذلك بأن هذا النص ورد بصيغة عامة وينطـــبق علـــى جميع الدائنين وارثين كانوا أم غير وارثين ومن ثم فإن لدائن المـــورث أيّـــا كان هذا الدائن إذا أشر بدينه فى هامش تسجيل إشهادات الوراثة الشرعية أو الأحكامَ النهائية أو غيرها من السندات المثبتة لحق الإرث فى خلال ســـنة من تاريخ شهر حق الإرث أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقـــا عينيًا عقاريًا وقام بشهره قبل هذا التأشير. (نقض ٦٨/٢/٢٩ س ١٩ ص ٤١٨)

يتعين الرجوع إلى الشريعة الإسلامية بوجه عام، وإلى أرجح الآراء فى فقه الحنفية بوجه خاص بالنسبة إلى حقوق الورثة فى التركة المدينة، ومدى تأثرها بحقوق دائنى المورث. والتركة مستغرقة كانت أم غير مستغرقة ــ وعلى ما جرى به قضـــاء هذه المحكمة ــ تنشغل بمجرد الوفاة بحق عينى لدائنى المتوفى يخولهم تتبعها لاستيفاء ديونهم منها بالتقدم على سواهم ممن تصرف لهم الوارث أو من دائنيه. (نقض ١٩٧٢/٣/١٦ س ٢٣ص ٤٢٨).

(٢) م ٩١٤ مدنى.

إذا تسلم المتصرف إليه المنقول من الوارث دون أن يعلم بأنه من أمـوال تـركة لـم تسدد ديونها، فإنه يكون حسن النية، وتنطبق قاعدة الحيازة، ومن ثم يكتسب المتصرف إليه ملكية المنقول خالصة من الحق العينـي التبعـي الـذى كان يثقله لصالح دائنى التركة، ولا يكون لهم الاحتجاج على الحائز بحقوقهم.

المبحث الثانى
تصفية التركة

(أ) المقصود بالتصفية الجماعية:

يقـــوم المصفى بحصر أموال التركة وحصر ما عليها من ديون، ويتم الوفاء بها من تلك الأموال، ويوزع ما تبقى على الورثة بعد تنفيذ الوصايا.

ويتـــرك أمر اللجوء إلى التصفية الجماعية "لمشيئة المورث أولاً، ولرغبة ذوى الشأن ثانيًا، ولتقدير القاضى أخيرًا، أى أن تصفية التركة من خلال تعيين مصف لها أمر اختيارى لذوى الشأن والقاضى[1]، فكل ذى شـــأن أن يطلب هذه التصفية إذا أراد ، وللقاضى أن يجيب الطلب، وله أن يرفضه إذا رأى أن التركة ليست فى حاجة إلى تصفية منظمة، إما لانعدام الديون أو لتفاهتها أو لتفاهة التركة نفسها".

---

(١) مـــؤدى نـــص المـــادة ٦٧٨ من التقنين المدنى والمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهـــيدى أن الأصـــل فى تصفية ديون التركة أن تكون بإجراءات فردية، أما تسوية هذه الديون عن طريق إجراءات جماعية – أى التصفية الجماعية للتركة –– فهـــو أمـــر اختـــيارى، بل هو أمر استثنائى لا يجوز اللجوء إليه إلا عند الضـــرورة، إذ هو نظام ينطوى على إجراءات طويلة ويقتضى تكاليف كبيرة، فـــلا يصـــح إذن أن يكـــون نظامًا إجباريًا تخضع له كل التركات، بل هو ليس بـــنظام اختيارى – بمعنى أن يكون لذوى الشأن أن يطبقوه متى شاؤوا – وإنما هـــو نظـــام وضـــع لتصفية التركات الكبيرة إذا أثقلتها الديون وتعقدت شئونها، فالإجـــراءات التى نظمها المشرع فى هذا الصدد إنما تكفل – على ما أفصحت عـــنه المذكـــرة الإيضاحية – إصلاح ما ينشأ عن اختلاف الورثة على تصفية التـــركة أو إهمالهم فى ذلك من كبير ضرر، وقد ناط المشرع – بصريح نص المـــادة ٨٧٦ مدنى – بالقاضى السلطة التامة فى تقدير "الموجب" لإجابة طلب ذوى الشأن تعيين مصف للتركة، فالقاضى – وحده – هو الذى يقدر الاستجابة لطلـــب إخضاع التركة لنظام التصفية، وهولا يستجيب لهذا الطلب إلا إذا وجد من ظروف التركة ما يبرر ذلك. (نقض ١٩٨٢/٣/٧ س ٣٣ ص ٢٩٠).

ولاشك أن أحكام تصفية التركات التى نظمها القانون المدنى لا تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية، بل يتعلق الأمر بنظام الأموال[1].

"ويقصد بالتصفية الجماعية أن المصفى وحده هو الذى يمثل التركة، فلا يجوز للدائن اتخاذ أى إجراء إلا فى مواجهته، ولا يجوز للوارث أن يتصرف فى مال التركة قبل تصفيتها. فترتفع بذلك يد الدائن والورثة عن التركة، ويمتنع اتخاذ أى إجراءات فردية حتى تتم التصفية، وبهذا تتحقق المساواة الفعلية بين الدائنين كما هو الأمر فى الإفلاس التجارى، وتنتقل أموال التركة إلى الورثة خالية من الديون، فيتحقق المبدأ القاضى بألا تركة إلا بعد سداد الديون على وجه عملى، ويستطيع

---

(١) أحكام تصفية التركات التى نظمها القانون المدنى فى المواد ٨٧٥ وما بعدها لا تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية التى أوجبت المادة ٩٩ مرافعات تدخل النيابة فى القضايا المتعلقة بها ــ ذلك أن انتقال المال إلى الوارث تأسيسًا على الميراث بوصفه سببًا من أسباب نقل الملك هو مسألة تتعلق بنظام الأموال، وقد أورد القانون المدنى أحكام تصفية التركات فى باب الحقوق العينية، ونص فى الفقرة الثانية من المادة ٨٧٥ منه على اتباع أحكامه فيها وهى أحكام اختيارية لا تتناول الحقوق فى ذاتها بل تنظم الإجراءات التى يحصل بها الورثة والدائنون على حقوقهم فى التركات فى نظام القاعدة الشرعية التى تقضى بأن لا تركة إلا بعد سداد الديون ــ ولا يعتبر من هذا النظر ما أوردته المواد ٩٣، ٩٤٠، ٩٤٧ وما بعدها من قانون المرافعات المضافة بالقانون ١٢٦ لسنة ١٩٥١ تحت عنوان "فى تصفية التركات" ضمن الكتاب الرابع الخاص بالإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية، لأن هذه الأحكام إنما أريد بها كما تقول المذكرة الإيضاحية لهذا القانون مواجهة الأوضاع التى تستلزمها قواعد الإرث فى بعض القوانين الأجنبية. (نقض ١٩٦٣/٥/١٦ س ١٤ ص ٦٧٧)

الورثة أن يتصرفوا فى هذه الأموال للغير دون أن يخشى الغير ظهور دائن للتركة ينازعه، فيستقر بذلك التعامل فى الأموال الموروثة" [1].

"أى أن الإجـــراءات التـــى نظمهـــا القانون تكفل حماية المصالح المخـــتلفة، فهـــى تكفل حماية مصلحة الورثة، وكثيرًا ما يختلفون على تصـــفية التركة أو يهملون فى ذلك، ويترتب على اختلافهم أو إهمالهم أكبر الضرر، أما بعد وجود إجراءات جماعية منظمة للتصفية فقد امتنع الخـــلاف أو الإهمال. وهى تكفل حماية مصلحة من يتعامل مع الورثة، يجعلهـــم يطمئـــنون إلى هذا التعامل ويأمنون أن يرجع عليهم الدائنون،

---

(١) اســـتحدث المشـــرع فى القانون المدنى القائم نظامًا لتصفية التركة يكفل حماية مصـــلحة الـــورثة ومـــن يتعامل معهم كما يكفل مصلحة دائنى التركة، فإذا ما تقررت التصفية فإنها تكون جماعية فترتفع بذلك يد الدائنين والورثة عن التركة ويمتـــنع على الدائنين العاديين من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصفى اتخاذ أى إجراءات فردية على أعيان التركة حتى تتم التصفية، وبهذا تتحقق المساواة الفعلـــية بيـــنهم كمـــا هو الحال فى الإفلاس التجارى وتنتقل أموال التركة إلى الـــورثة خالـــية من الديون فيتحقق المبدأ القاضى بألا تركة إلا بعد سداد الديون على وجه عملى.

وإن كـــان القانون قد أوجب رفع المنازعة فى صحة الجرد فى ميعاد ثلاثين يومًا، إلا أنـــه جعـــل انفـــتاح هذا الميعاد رهنًا بقيام المصفى بإخطار المنازع بإيداع القائمـــة محـــل المـــنازعة، أما ذوو الشأن الذين لم يخطروا بإيداع القائمة فلا يتقـــيدون بداهـــة بهـــذا الميعاد لتوقف الإلتزام به على حصول الإخطار بإيداع القائمـــة، ومن ثم فإن لهؤلاء أن يرفعوا منازعتهم فى صحة الجرد إلى المحكمة فى أي وقت إلى ما قبل تمام التصفية، ونص المادة ٨٩٧ من القانون المدنى من العموم بحيث يشمل جميع الدائنين العاديين الذين لم ينازعوا فى قائمة الجرد قبل تمام التصفية ولا يدع مجالاً لاستثناء من لم يخطر منهم بإيداع تلك القائمة، هذا إلـــى أن استثناء هؤلاء يترتب عليه إهدار الصفة الجماعية للتصفية وتفويت ما هدفـــه المشرع منها من تحقيق المساواة بين الدائنين العاديين وتأمين الغير الذى يـــتعامل مـــع الورثة فى أموال التركة بعد تمام التصفية من ظهور دائن للتركة ينازعه. (نقض ١٩٦٩/٣/٢٠ س ٢٠ ص ٤٤٤)

وهـــى تكفل مصلحة دائنى التركة بجعل التصفية جماعية لا يفضل فيها دائن على آخر دون مبرر قانونى، هذا إلى أن السبيل قد مهد للوارث إذا أراد إفـــراز حصته فى الميراث، كما أن المورث قد أعطى حق قسمة تركته قبل موته، وهو أمر تفرضه الظروف على رب الأسرة فى أحوال كثيرة".

(ب) مراحل التصفية الجماعية:

وتتمثل مراحل التصفية الجماعية للتركة فيما يلى:

أولاً: تعيين المصفى: قد يقوم المورث نفسه بتعيين وصى للتركة، هـــنا يسرى على وصى التركة، ما يسرى على المصفى من أحكام. فى هـــذه الحالة يجب أن يقر القاضى هذا التعيين. وتكون إرادة المورث قد اتجهت إلى التصفية الجماعية ويجب على القاضى أن يقرها وليس لأى من الورثة أو الدائنين الاعتراض عليها.

وإذا لـــم يعين المورث وصيًا لتركته وطلب أحد ذوى الشأن تعيين مصـــف لهـــا، عينت المحكمة، إذا رأت موجبًا لذلك، من يجمع الورثة علـــى اختـــياره، فـــإن لم تجمع الورثة على أحد تولى القاضى اختيار المصـــفى، علـــى أن يكـــون بقدر المستطاع من بين الورثة، وذلك بعد سماع أقوال الشهود.

وللقاضى أيضًا، إذا طلب إليه أحد ذوى الشأن أو النيابة العامة أو دون طلب، عزل المصفى واستبدال غيره به، متى وجدت أسباب تبرر ذلك[1].

---

(١) إذ تنص المادة ٢/٨٧٧ من القانون المدنى على أن "للقاضى إذا طلب إليه أحد ذوى الشأن أو النيابة العامة أو دون طلب عزل المصفى واستبدال غيره به متى وجـــدت أســـباب مبررة لذلك ـــ وكان لا يوجد فى نصوص القانون ما يوجب اختصام الدائنين فى دعوى عزل المصفى أو استبدال غيره به، بل تكفل القانون المدنـــى ـــ بمـــا اســـتحدثه من أحكام نظم فيها تصفية التركات وإجراءاتها ـــ بصـــيانة حقوق الدائنين ولو ظهروا بعد تمام التصفية وجعل لهم باعتبارهم من =

(١)ويجب على كاتب المحكمة أن يقيد يومًا فيومًا الأوامر الصادرة بتعيين المصفين، وبتثبيت أوصياء التركة فى سجل عام تدون فيه أسماء المورثين بحسب الأوضاع المقررة للفهارس الأبجدية، ويجب أن يؤشر فى هامش السجل بكل أمر يصدر بالعزل وبكل ما يقع من تنازل.

ويترتب على هذا القيد أنه:

(٢)لا يجــوز من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصفى أن يتخذ الدائــنون أى إجراء على التركة، كما لا يجوز لهم أن يستمروا فى أى إجراء اتخذوه إلا فى مواجهة المصفى[1].

ذوى الشأن الحق فى طلب عزل المصفى واستبدال غيره به متى وجدت أسباب مبــررة. فــإن الحكــم المطعون فيه إذا التزم هذا النظر وأقام قضاءه على أن دعوى عزل المصفى لا تمس نظام التصفية فى شيء وإنما هى تتعلق بشخص المصفى وما هو منسوب إليه ولم يشترط القانون إدخال الدائنين فيها قيامًا على أن رأيهــم غير ذى أثر فى نظر القاضى الذي يملك العزل من تلقاء نفسه ومن باب أولى تلبية لرغبة وارث واحد قد يكون مالكًا لأقل الأنصبة فإنه لا يكون قد خالف القانون. (نقض ١٦/٥/٦٣ س ١٤ ص ٦٧٧).

(١) تــرتفع يــد الدائنــين والورثة عن التركة إذا ما تقررت التصفية ويمتنع على الدائنــين العاديين من وقت قيد الأمر بتعيين المصفى اتخاذ أى إجراءات فردية علــى أعيان التركة حتى تتم التصفية وينوب المصفى عن التركة فى الدعاوى التى ترفع منها أو عليها عملاً بالمادة ٨٨٥ من التقنين المدنى إلا أن هذا لا يفقد الــورثة أهليــتهم ولا يحول تعيين المصفى من بقائهم معه خصومًا فى الدعوى لمعاونــته فــى الــدفاع عن حقوق التركة ذلك أن المصفى ما هو إلا نائب عن الــورثة نــيابة قانونــية خــوله الشارع بمقتضاها تمثيلهم أمام القضاء وفحص وحصــر وســداد ديــون التركة التى يتولى إدارتها نيابة عنهم. (نقض ١٣/٢/١٩٧٨ س ٢٩ ص ٤٥٦)

(٣)كــل توزيع فتح ضد المورث، ولم تقفل قائمته النهائية، يجب وقفــه حتـــى تتــم تسوية جميع ديون التركة متى طلب ذلك أحد ذوى الشأن[1].

(٤)ثانــيًا: جــرد التــركة: يبدأ المصفى باتخاذ بعض الإجراءات الأولية قبل القيام بجرد التركة

(٥)يتســلم المصـــفى أموال التركة بمجرد تعيينه **ويتولى تصفيتها بــرقابة المحكمة**، وله أن يطلب منها **أجرًا عادلاً على قيامه بمهمته**[2]. وتــتحمل التــركة نفقــات التصــفية. **ويكون لهذه النفقات حق امتياز** المصروفات القضائية.

يقــوم المصـــفى فى الحال بالصرف من مال التركة لتسديد نفقات تجهيز الميت ونفقات مأتمه بما يناسب حالته، ويستصدر **أمرًا من قاضى** الأمور الوقتية بصرف نفقة كافية بالقدر المقبول من مال التركة إلى من كان المورث يعولهم من ورثته حتى تنتهى التصفية. وتخصم النفقة التى

---

(١) م ٨٧٦: ٨٨٣ مدنى.

(٢) أجــازت المادة ٨٨٠ من القانون المدنى لمصفى التركة أن يطلب من المحكمة الابتدائـــية التـــى عينته أجرًا على قيامه بمهمته، وأن ذلك لا يحجب اختصاص قاضـــى الأمور الوقتية بإصدار أمر على عريضة بتقدير نفقات التصفية والأجر الـــذى يستحقه المصفى عن القيام بالأعمال التى قام بها، وهو اختصاص مقرر بصـــريح نص الفقرة الخامسة من المادة ٩٥٠ من قانون المرافعات (بخصوص تصـــفية التركات) الواردة فى الفصل الثالث من الباب الثالث من الكتاب الرابع المضاف بالقانون ١٢٦ لسنة ١٩٥١ بشأن الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية. (نقض ١٩٨٠/٣/٢٦ س ٣١ ص ٩١٠) .

يستولى عليها كل وارث من نصيبه فى الإرث، ويفصل قاضى الأمور الوقتية فى كل منازعة تتعلق بهذه النفقة[1].

يجب على المصفى أثناء التصفية أن يتخذ ما تتطلب أموال التركة من الوسائل التحفظية، ويقوم بكل ما يلزم التركة من أعمال الإدارة كتأجير العقارات وجنى المحصول واستيفاء ديون التركة.

ويكون المصفى ولو لم يكن مأجورًا مسئولاً مسئولية الوكيل المأجور، وهو يبذل فى مهمته عناية الرجل المعتاد، ويلتزم بتقديم حساب عن إدارته فى مواعيد دورية.

وعلى المحكمة أن تتخذ عند الاقتضاء جميع ما يجب من الاحتياطات المستعجلة للمحافظة على التركة، وذلك بناء على طلب أحد ذوى الشأن أو بناء على طلب النيابة العامة أو دون طلب ما، ولها بوجه خاص أن تأمر بوضع الأختام، وإيداع النقود والأوراق المالية والأشياء ذات القيمة[2].

---

(١) يدل النص فى المادة الرابعة من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ على أن التركة تنفصل عن المورث بوفاته ولا تؤول بصفة نهائية إلى الورثة إلا بعد أداء مصاريف تجهيزه ومن تلزمه نفقته وما عليه من ديون للعباد وما ينفذ من وصاياه، ومن هنا كانت قاعدة لا تركة إلا بعد سداد الديون، ومؤداها أن تظل التركة منشغلة بمجرد الوفاة بحق عينى تبعى لدائنى المتوفى يخولهم تتبعها لاستيفاء ديونهم منها، وتكون هذه الديون غير قابلة للانقسام فى مواجهة الورثة يلتزم كل منهم بأدائها كاملة إلى الدائنين، طالما كان قد آل إليه من التركة ما يكفى للسداد فإن كان دون ذلك فلا يلزم إلا فى حدود ما آل إليه من التركة، لأن الوارث لا يرث دين المورث وله الرجوع على باقى الورثة بما يخصهم فى الدين الذى وفاه كل بقدر نصيبه فى حدود ما آل إليه من التركة بدعوى الحلول أو الدعوى الشخصية. (نقض ١٩٨١/٢/٢٥ س ٣٢ ص ٦٥٧).

(٢) منصور مصطفى منصور، ص ٤٧٦.

علـــى المصفى أن يوجه تكليفًا لدائنى التركة ومدينيها يدعوهم فيه لأن يقدمـــوا بـــيانا بما لهم من حقوق وما عليهم من ديون، وذلك خلال ثلاثة أشهر من التاريخ الذى ينشر فيه التكليف آخر مرة.

ويـــتم نشـــر هذا التكليف فى صحيفة من الصحف اليومية واسعة الانتشار، ولصقه على الباب الرئيسى لمقر العمدة فى المدينة أو القرية التى يوجد بها أعيان التركة أو على الباب الرئيسى لمركز البوليس فى المدن التى يقع فى دائرتها هذه الأعيان.

يقـــوم المصفى بجرد التركة أى حصر كل الحقوق والديون وذلك طـــبقًا للبيانات التى يدلى بها الدائنون والمدينون وما تكشف عنه أوراق المورث وما هو ثابت فى السجلات العامة من حقوق وديون وما يصل إلـــى علمه عنها من أى طريق كان، وعلى الورثة إبلاغ المصفى عما يعلمونه من ديون على التركة وحقوق لها.

ويعاقـــب بعقوبة التبديد كل من يستولى غشًا على شيء من أموال التركة، ويقوم المصفى بإعداد قائمة تبين ما للتركة وما عليها وتشتمل على تقدير لقيمة أموال التركة[1]، وله أن يستعين فى ذلك بخبير أو بمن يكون له فى ذلك دراية خاصة.

علـــى المصفى أن يودع قلم كتاب المحكمة خلال أربعة أشهر من يوم تعيينه قائمة تبين ما للتركة وما عليها وتشتمل على تقدير لقيمة هذه الأموال، وعليه أيضًا أن يخطر بكتاب موصى عليه فى الميعاد المتقدم

---

(١) الأصـــل فى تقدير التركات ـــ فى غير الأحوال التى وضع المشرع فى شأنها قـــواعد خاصة لتقدير الأموال ـــ هو اعتبار الوقت الذى انتقلت فيه الأموال إلى ملكـــية الـــوارث، ذلـــك أن هذا النوع من الضريبة إنما يفرض بمناسبة ما وقع للوارث من اغتناء أى من زيادة وتقويم هذه الزيادة إنما يكون لحظة تمامها بما تســـاويه مـــن ثمن يحتمل أن تباع به وقت وفاة المورث وهى الواقعة المنشئة للضريبة. (نقض ١٩٥٦/٦/٤ س ١٠ ص ٤٤٧).

كل ذى شأن بحصول هذا الإيداع. ويجوز أن يطلب إلى القاضى مد هذا الميعاد إذا وجدت ظروف تبرر ذلك.

يستطيع ذوو الشأن الاعتراض على قائمة الجرد خلال الثلاثين يومًا التالية للإخطار بإيداع القائمة[1]، وذلك كأن ينازع دائن فى قيمة حقه أو مدين فى صحة دينه أو وارث يدل على أعيان للتركة لم تثبت وكان يجب إثباتها، أو ديون أثبتت وكان يجب إغفالها. وتجرى المحكمة تحقيقًا فإذا رأت أن الشكاوى جدية أصدرت أمرًا بقبولها[2].

ثالثًا: تسديد ديون التركة: يقوم المصفى بوفاء ديون التركة، مما يحصله من حقوقها[3]، وما تشتمل عليه من نقود ومن ثمن ما يكون قد باعه بسعر السوق من أوراق مالية ومن ثمن ما فى التركة من منقول فإن لم يكن كل ذلك كافيًا فمن ثمن ما فى التركة من عقار.

---

(١) مفاد نص الفقرة الأولى من المادة ٨٩٠ مدنى أن كل منازعة فى صحة الجرد ترفع بعريضة للمحكمة بناء على طلب كل ذى شأن خلال ثلاثين يومًا التالية للإخطار بإيداع القائمة بما مؤداه أن المشرع جعل انفتاح هذا الميعاد رهنًا بقيام المصفى بإخطار المنازع بإيداع القائمة أما ذوو الشأن الذين لم يخطروا بإيداع القائمة فلا يتقيدون بهذا الميعاد لتوقف الالتزام به على حصول الإخطار بإيداع القائمة ومن ثم فإن لهؤلاء أن يرفعوا منازعتهم فى صحة الجرد إلى المحكمة فى أى وقت إلى ما قبل تمام التصفية. (نقض ١٩٨٢/١١/٩ س ٣٣ ص ٨٧٨)

(٢) م ٨٥٤: ٨٩٠ مدنى.

(٣) النص فى المادة الرابعة من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ على أن "يؤدى من التركة بحسب الآتى أولا ما يكفى لتجهيز الميت ومن تلزمه نفقته من الموروث إلى الدفن ثانيًا ديون الميت ثالثًا ما أوصى به فى الحد الذى تنفذ فيه الوصية ويوزع ما بقى بعد ذلك على الورثة". يدل على أن التركة تنفصل عن الموروث بوفاته ولا تؤول بصفة نهائية إلى الورثة إلا بعد أداء مصاريف تجهيزه وتجهيز من تلزمه نفقته وما عليه من ديون للعباد وما ينفذ من وصاياه. (نقض ١٩٨٣/٦/٢٨ س ٣٤ ص ١٥٠٧)

وتــباع مــنقولات التركة وعقاراتها بالمزاد العلنى وفقًا للأوضاع وفــى المواعيد المنصوص عليها فى البيوع الجبرية، إلا إذا اتفق جميع الورثة على أن يتم البيع بطريقة أخرى أو على أن يتم ممارسة[1]. فإذا كانــت التــركة معسرة لزمت أيضًا موافقة جميع الدائنين، وللورثة فى جمــيع الأحوال الحق فى أن يدخلوا فى المزاد. بعد تدبير المال اللازم يبدأ المصفى فى تسوية ديون التركة.

فــإذا كانت التركة معسرة فإن جميع الديون المؤجلة تصبح واجبة الســداد، ويقوم المصفى بتقسيم أموال التركة على جميع الدائنين قسمة غــرماء كل بنسبة ما له من حق. ويجب على المصفى أن يقف تسوية أى ديــن ولــو لــم يقــم فى شأنه نزاع، حتى يفصل نهائيًا فى جميع المنازعات المتعلقة بديون التركة.

أما إذا كانت التركة موسرة، فإن المصفى يقوم بسداد الديون الحالة غير المتنازع فيها، أما الديون محل النزاع فيتأخر الوفاء بها إلى ما بعد الفصل نهائيًا فى النزاع.

وبالنســبة للديون المؤجلة الاستحقاق فتبقى على آجالها، هذا ما لم يــر الورثة تعجيل الوفاء بها، لهذا يجوز للمحكمة بناء على طلب جميع الــورثة أن تحكــم بحلــول الدين المؤجل وبتعيين المبلغ الذى يستحقه الــدائن. هــذا مع مراعاة القواعد التى تنظم الوفاء بالقرض قبل حلول أجله.

---

(١) مــؤدى نــص المادة ٨١٣ من القانون المدنى أن تباع عقارات التركة بالمزاد العلنــى وفقًا للأوضاع وفى المواعيد المنصوص عليها فى البيوع الجبرية ما لم يــتفق جمــيع الورثة على أن يتم البيع بطريقة أخرى، ومتى كان ذلك وكانت الأوضــاع والمواعيد سالفة الذكر والمنصوص عليها فى المواد ٤٠١ من قانون المرافعات وما بعدها أعمال إجرائية يترتب البطلان على عدم اتباعها، وبالتالى فإن البيع الحاصل دون اتخاذها لا يكون صحيحًا.(الطعن رقم ٢٠٣٦ س ٥٠ ق جلسة ١٩٨٥/٢/٥).

وإذا لم يتفق الورثة جميعًا على حلول الديون المؤجلة فآثر البعض أن تبقـــى هذه الديون مؤجلة للاستفادة من الأجل، تولت المحكمة توزيع هـــذه الديـــون على الورثة، مراعية فى ذلك أنه إذا طرح ما يختص به مـــنها كل وارث مما أعطى من أموال التركة كان الباقى معادلاً لصافى حصـــته فى الإرث، وهذه عملية حسابية دقيقة قد تستعين فيها المحكمة بخبير[1].

رابعًـــا: تنفيذ الوصايا وغيرها من التكاليف: يتولى المصفى بعد تسوية ديون التركة تنفيذ الوصايا وغيرها من التكاليف كالضريبة على التركات.

والوصـــية تأتـــى فى الترتيب بعد ديون التركة، إلا أنها تنفذ قبل الإرث لأنها مقدمة عليه.

خامسًـــا: تســـليم بقية أموال التركة إلى الورثة وقسمتها: بعد تنفـــيذ التزامات التركة، يؤول ما بقى من أموال إلى الورثة، كل بحسب نصـــيبه الشرعى. ويقوم المصفى بتسليم الورثة ما آل إليهم من أموال التركة.

وتســـلم المحكمة المختصة بنظر التصفية إلى الوارث شهادة تقرر حقـــه فى الإرث وتبين مقدار نصيبه منه، وتعين ما آل إليه من أموال التـــركة، وتعتبر هذه الشهادة بمثابة سند الوارث فى انتقال ملكية المال الموروث إليه.

ويجـــوز للورثة بمجرد انقضاء الميعاد المقرر للمنازعات المتعلقة بالجرد، المطالبة بأن يتسلموا بصفة مؤقتة الأشياء والنقود التى لا يحتاج إلـــيها فـــى تصفية التركة أو أن يتسلموا بعضًا منها، وذلك مقابل تقديم كفالة أو بدون تقديمها.

---

(١) م ٨٩١: ٨٩٨ مدنى.

والأصل أن المصفى يسلم الورثة ما تبقى من أموال التركة شائعًا فيما بينهم، إلا أن لكل وارث الحق فى أن يطلب من المصفى أن يسلمه نصـــيبه فـــى الإرث مفـــرزًا إلا إذا كان هذا الوارث ملزمًا بالبقاء فى الشيوع بناء على اتفاق أو نص فى القانون.

ويجرى المصفى القسمة بطريقة ودية، ولكن هذه القسمة لا تصبح نهائـــية إلا بعـــد أن يقرها الورثة بالإجماع، وإذا لم يتوافر الإجماع تم اللجـــوء إلى القسمة القضائية، حيث يرفع المصفى الدعوى التى يسرى عليها أحكام دعوى القسمة، وتخضع لنفس القواعد المقررة فى القسمة. وتستنزل نفقات الدعوى من أنصباء المتقاسمين[١].

قـــد يكـــون فـــى التركة أوراق وأشياء تتصل بعاطفة الورثة نحو المـــوروث، كملابســـه ومذكـــراته، إذا لم يتفق الورثة على قسمة هذه الأشـــياء، أمرت المحكمة إما ببيع هذه الأشياء أو بإعطائها لأحد الورثة مـــع استنزال قيمتها من نصيبه فى الميراث أو دون استنزال، ويراعى فى ذلك ما جرى عليه العرف وما يحيط بالورثة من ظروف شخصية.

---

(١) حسن كيره ، ص ٣٩٠.

المبحث الثالث
أحكام القانون المدنى فى الميراث

لسنا بصدد دراسة قواعد الميراث، حيث تطبق بشأنها أحكام الشريعة الإسلامية، بل يتعلق الأمر بتناول بعض المبادئ القانونية التى أرستها محكمة النقض بمناسبة إعمال أحكام القانون المدنى على العلاقات والمراكز القانونية المتعلقة بالتركة وأطرافها والدائنين.

(أ) القانون الواجب التطبيق:

من المقرر أن "تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم فى الأرث وانتقال أموال إليهم تسرى فى شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها". و"تسرى على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها" (١).

---

(١) م ٨٧٥، ٩١٥ مدنى. انظر تفصيل ذلك بالنسبة للمصريين غير المسلمين كتابنا "أحكام الأسرة المطبقة على المصريين غير المسلمين، الإسكندرية، ١٩٩٨.

إذا كانت المادة ١/١٧ من القانون المدنى تنص على أنه يسرى على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى مابعد الموت قانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته وكان الثابت من الحكم المطعون فيه أن المورث يونانى الجنسية، وكانت المادة ١٤٢٦ من القانون المدنى اليونانى تنص على أنه : "فى حال انحلال الزواج ترد الدوطة إلى الزوجة أو إلى ورثتها وتنتهى كل إدارة لها وانتفاع من الزواج على أموال الدوطة"، فإن مفاد ذلك أن الدوطة طبقا للقانون المدنى اليونانى تظل على ملك الزوجة ولا يكون للزوج عليها سوى حق الانتفاع ما دامت الحياة الزوجية قائمة، فإذا انحلت عقدة الزواج بالوفاة تعين رد الدوطة إلى الزوجة، مما مؤداه أن الدوطة عند وفاة الزوج لا تعتبر من تركته بل ترد إلى الزوجة التى عاد إليها حق الانتفاع. (نقض ٧١/١١/٢٤ س ٢٢ ص ٩٢٢)

وتقـــرر محكمة النقض بأن المواريث عمومًا، ومنها الوصية، هى وحدة واحدة وتسرى الأحكام المتعلقة بها على جميع المصريين، مسلمين كانوا أو غير مسلمين، وفق قواعد الشريعة الإسلامية باعتبارها الشريعة القائمة[1].

وقضـــت بـــأن تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم فى الإرث وانتقال التركة إليهم تحكمه الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها[2].

ويسرى نفس الحكم بالنسبة للمصريين غير المسلمين، فمن المستقر عليه فى قضاء محكمة النقض أن الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فـــى شـــأنها هـــى الواجبة التطبيق فى مسائل مواريث المصرين غير المسلمين ويندرج فيها تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم فى الإرث وانتقال التـــركة إليهم، ومن ثم فإنه يرجع فى ثبوت تعيين شخص الوارث إلى أحكـــام هـــذه الشـــريعة من حيث نصاب الشهادة باعتبارها من قواعد الإثبات الموضوعية فى هذا المجال[3].

وتبـــين محكمـــة الـــنقض نطاق تطبيق القانون المدنى فى مسائل المواريث، ومدى جواز اتفاق غير المسلمين على الاحتكام إلى شريعتهم بقولها: "إن الشارع إذ أخضع دعاوى الحقوق للقانون المدنى وجعلها من اختصاص المحاكم المدنية قد أبقى المواريث خاضعة للشريعة الإسلامية تقضـــى فـــيها المحاكم الشرعية بصفة أصلية طبقًا لأرجح الأقوال فى مـــذهب الحنفـــية، فإن تعرضت لها المحاكم المدنية بصفة فرعية كان عليها أن تتبع نفس المنهج. ثم صدر القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ مقننا أحكـــام الإرث فى الشريعة الإسلامية فلم يغير الوضع السابق بل أكده، وأعقـــبه القانـــون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ فنص صراحة على أن قوانين

(١) نقض ١٩٤٣/٤/١ طعن رقم ٦٦ سنة ١٠ق.

(٢) نقض ٦٣/٦/١٩ س ١٤ ص ٨٤٣.

(٣) نقض ٨٤/٢/٥ س ٣٥ ص ٣٨٠ ، نقض ٧٤/١/٩ س ٢٥ ص ١٢٣.

المواريث والوصية وأحكام الشريعة الإسلامية فيهما هى قانون البلد فيما يتعلق بالمواريث والوصايا بالنسبة إلى المصريين كافة من مسلمين وغير مسلمين، على أنه إذا كان المتوفى غير مسلم جاز لورثته طبقا لأحكام الشريعة الغراء الاتفاق على أن يكون التوريث طبقا لشريعة المتوفى".

وإذا كان الرجوع إلى الشريعة الإسلامية بوجه عام وإلى أرجح الآراء فى فقه الحنفية بوجه خاص متعينا بالنسبة إلى حقوق الورثة فى التركة المدينة ومدى تأثرها بحقوق دائنى المورث باعتبار ذلك من أخص مسائل المواريث، فإن القانون المدنى إذ يقرر حكم تصرف الوارث فى التركة المدينة، باعتبار هذا التصرف عقدا من العقود، إنما يقرر ذلك على أساس ما خولته الشريعة للوارث من حقوق[1].

(ب) تعلق أحكام الإرث بالنظام العام وبطلان ما يخالفها من الاتفاقات:

من المقرر أن أحكام الميراث تتعلق بالنظام العام ويبطل كل اتفاق مخالف. وتعبر محكمة النقض عن ذلك المبدأ فيما يلى:

---

(١) نقض ١٩٤٧/٢/٢٧، طعن رقم ١١٠ سنة ١٥ق.

أن الشريعة الإسلامية لا تعتبر من القانون الواجب على المحاكم النظامية تطبيقه إلا فى خاصة العلاقات المدنية التى نشأت قبل إنشاء المحاكم الأهلية وفيما أحاله القانون عليها كالميراث والحكر وفى مسائل الأحوال الشخصية التى تعرض لها ولا نجد فيها ما يستدعى التقرير بوقف الدعوى حتى تفصل فى هذه المسائل المحاكم الشرعية المختصة بصفة أصلية. أما ما أخذه الشارع من أحكام الشريعة وطبعه بطابعه وأدمجه فى القوانين كأحكام المريض مرض الموت وأحكام الشفعة وحقوق الزوجات فى القانون التجارى، فإنه يكون قانونا بذاته تطبقه المحاكم النظامية وتفسره غير متقيدة فيه بآراء أئمة الفقه الإسلامى. وعلى ذلك فكون الشريعة الإسلامية هى مصدر تشريع الشفعة لا يوجب التقيد بآراء أئمتها عند البحث فى هل ينتقل حق الشفعة بالإرث أم لا ينتقل. (جلسة ١٩٤٦/١/٣١ طعن رقم ١٦ سنة ١٥ق)

• الـتحايل الممنوع على أحكام الإرث، لتعلق الإرث بالنظام العام ـــ هو على ما جرى به قضاء محكمة النقض، ما كان متصلاً بقواعد التوريث وأحكامه المعتبرة شرعًا كاعتبار شخص وارثًا وهو فى الحقيقة غير وارث أو العكس وكذلك ما يتفرع عن هذا الأصل من التعامل فى التــركات المســتقبلة كإيجاد ورثة قبل وفاة المورث غير من لهم حق الميــراث شــرعًا أو الزيادة أو النقص فى حصصهم الشرعية ويترتب علــى هذا أن التصرفات المنجزة الصادرة من المورث فى حال صحته لأحــد ورثــته أو لغيرهم تكون صحيحة ولو كان يترتب عليها حرمان بعــض ورثته أو التقليل من أنصبتهم فى الميراث لأن التوريث لا يقوم إلا علــى مــا يخلفه المورث وقت وفاته أما ما يكون قد خرج من ماله حــال حــياته فلا حق للورثة فيه. ومتى كانت هذه التصرفات المنجزة جائزة شرعًا فإنه لا يجوز الطعن فيها بعدم مشروعية السبب بمقولة أن الــباعث الدافــع إلــيها هو المساس بحق الورثة فى الميراث إذ لا حق لهؤلاء فى الأموال المنصرف فيها يمكن المساس به[1].

• أحكــام المــواريث الأساسية التى تستند إلى نصوص قاطعة فى الشريعة والتى استمد منها قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ تعتبر فــى حــق المســلمين من النظام العام لصلتها الوثيقة بالدعائم القانونية والاجتماعــية المستقرة فى ضمير الجماعة، ولما كانت وفاة المرحومة/ ... مسلمة يقتضى أن تتبعها فى دينها ابنتها الصغيرة التى شاركت فى الطعــن بالــنقض ممثلة بوليها الشرعى مما مؤداه أن تسهم فى الإرث المخلــف عــن والدتها. وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر

---

(١) نقض ١٩٨٣/١٢/١٥ س ٣٤ ص ١٨٣٣.

وحصر الإرث فى أخوة المتوفاة لأب المسلمين دون ابنتها المسلمة تبعًا لها فإنه يتعين نقضه[1].

• إن كـــون الإنسان وارثًا أو غير وارث وكونه يستقل بالإرث أو يشاركه فيه غيره إلى غير ذلك من أحكام الإرث وتعيين الورثة وانتقال الحقوق فى التركات بطريق التوريث لمن لهم الحق فيها شرعًا كل هذا مما يتعلق بالنظام العام. والتحايل على مخالفة هذه الأحكام باطل بطلانًا مطلقـــا لا تلحقه الإجازة ويحكم القاضى به من تلقاء نفسه فى أية حالة كانت عليها الدعوى. وتحريم التعامل فى التركات المستقبلة يأتى نتيجة لهذا الأصل، فلا يجوز قبل وفاة أى إنسان الاتفاق على شيء يمس بحق الإرث عنه، سواء من جهة إيجاد ورثة غير من لهم الميراث شرعًا أو من جهة الزيادة أو النقص فى حصصهم الشرعية أو من جهة التصرف فى حق الإرث قبل انفتاحه لصاحبه واستحقاقه إياه. جميع هذه الاتفاقات وما شابهها مخالف للنظام العام[2].

• مـــن المقـــرر فى قضاء محكمة النقض أن الاتفاق الذى ينطوى علـــى التصرف فى حق الإرث قبل انفتاحه لصاحبه واستحقاقه إياه أو يـــؤدى إلى المساس بحق الإرث فى كون الإنسان وارثًا أو غير وارث وكونه يستقل بالإرث أم يشاركه فيه غيره هو اتفاق مخالف للنظام العام إذ يعـــد تحـــايلاً على قواعد الميراث فيقع باطلاً بطلانًا مطلقًا لا تلحقه الإجازة ويباح إثباته بكافة الطرق ولو كان الوارث طرفًا فى الاتفاق[3].

---

(١) نقض ٧٥/١/٢٩ س ٢٦ ص ٢٨٤.

(٢) نقض ١٩٣٤/٦/١٤ طعن رقم ٢ سنة ٤ ق.

(٣) نقض ١٩٧٥/١١/١١ س ٢٦ ص ١٣٩٤.

مفاد نص المادة ٢/١٣١ من القانون المدنى أن جزاء حظر التعامل فى تركة إنسان علـــى قـــيد الحياة هو البطلان المطلق الذى يقوم على اعتبارات تتصل بالنظام العام لمساسه بحق الإرث. (الطعن رقم ١٨٨٢ س ٥٢ق جلسة ١٩٨٦/٢/٦).

(ج) التخـــــارج:

• التخارج هو أن يتصالح الورثة علي إخراج بعضهم من الميراث على شيء معلوم. فإذا تضمنت الورثة اتفاقا بين الأخوة على اختصاص كل منهم بعين من تركة أبيهم، فهى لا تعتبر تخارجًا، بل هى اتفاق على قســمة. وكل من وقعها فهو محجوج بها وإن لم يسجل عقدها إذ القسمة كاشــفة للحق مقررة له، لا ناقلة ولا منشئة له، فتسجيلها غير لازم إلا للاحتجاج بها على غير العاقدين[1].

• وإن كـــان حكم الشريعة يقضى ببطلان التخارج إذا كان للتركة ديــون علـــى الغيــر إلا أن القانون المدنى لم يأخذ بذلك فإنه قد نص صراحة فى المادة ٣٥٠ على أن بيع الاستحقاق فى التركة أو (التخارج) يشتمل حتمًا على بيع مالها من الديون[2].

• إذا كانـــت المحكمـــة قد استخلصت مما أوردته فى حكمها من القـــرائن التى استنبطتها من الوقائع الثابتة فى الدعوى أن عقد التخارج الصـــادر من الجدة لأحفادها المذكور فيه أن التخارج كان مقابل عوض قبضته من عمهم لم يكن فى حقيقته إلا هبة لم يقبض عنها أى عوض،

إذا حـــررت زوجـــة لزوجها عقد بيع بجميع أملاكها على أن يتملكها إذا ماتت قبله وحـــرر هذا الزوج لزوجته مثل هذا العقد لتتملك هى ما له فى حالة وفاته قبلها فـــإن التكييف الصحيح الواضح لتصرفها هذا أنه تبادل منفعة معلق على الخطر والضـــرر، وأنه اتفاق باطل أما التبرع المحض الذى هو قوام الوصية وعمادها فـــلا وجود له فيه. ويشبه هذا التصرف أن يكون من قبيل ولاء الموالاة، ولكن فـــى غير موطنه المشروع هو فيه مادام لكل من المتعاقدين ورثة آخرون، بل هـــو من قبيل الرقى المحرمة شرعًا. (جلسة ١٩٣٤/٦/١٤ طعن رقم ٢ سنة ٤ ق).

(١) جلسة ١٩٤٧/٦/٥ طعن رقم ١٠٥ ، ١٣٣ سنة ١٦ق.

(٢) جلسة ١٩٣٩/١٢/١٤ طعن رقم ٤١ سنة ٩ق.

مؤيدة ذلك بخلو العقد المذكور من التزام الأحفاد بوفاء ذلك العوض إلى عمهم الذى لم يكن له شأن فى هذا العقد، فذلك مما يدخل فى حدود سلطتها ولا معقب لمحكمة النقض عليها فيه مادام تحصيلها إياه من الواقع سائغا. إذ قاضى الدعوى من حقه أن يؤول المشارطات بما يكون متفقا مع ما قصده المتعاقدون غير متقيد بألفاظها وعباراتها. وإذن فقد كان للمحكمة، وقد تبينت أن التصرف لم يكن إلا هبة أن تستظهر المقصود من الإقرار بقبض مقابل التخارج مسترشدة بظروف الدعوى وملابساتها وبما فيها من قرائن ولو لم يكن هناك دليل كتابى[1].

(د) التركات الشاغرة:

- **أيلولة التركة الشاغرة المتخلفة من غير وارث إلى بيت المال:**

أوجب المشرع فى المادة الرابعة من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٧١ سنة ١٩٦٢ بشأن التركات الشاغرة التى تتخلف عن المتوفين من غير وارث – على الإدارة العامة لبيت المال أن تتخذ الإجراءات اللازمة للتحفظ على الأموال الظاهرة للمتوفى، وأن تقوم على وجه الاستعجال بإجراء التحريات الإدارية للتثبت من صحة البلاغ عن الوفاة، فإذا ظهر من هذه التحريات أن البلاغ غير صحيح ألغيت إجراءات التحفظ على أموال التركة وإذا ثبتت صحته أصدرت بيانا باسم المتوفى من غير وارث ظاهر يجب نشره مرتين فى صحيفتين يوميتين واسعتى الانتشار على أن تمضى بين النشرة الأولى والنشرة الثانية مدة لا تزيد على خمسة أيام، كما أوجب فى المادة السادسة منه على اللجنة المشكلة لحصر التركات الشاغرة وجردها أن تخطر قنصل الدولة التى ينتمى إليها المتوفى لحضور عمليتى الحصر والجرد، لما كان ذلك، وكان مؤدى هذين النصين أن المشرع أحاط أيلولة هذه التركات إلى الدولة بضمانات ترفع العنت والإرهاق عن عاتق الورثة

(١) جلسة ١٩٤٢/١/١٥ طعن رقم ٢٨ سنة ١١ق..

غيـــر الظاهرين، فاشترط لذلك أن تكون التركة شاغرة بمعنى أن تكون مخلفـــة عـــن مـــتوف من غير وارث، واستلزم لاعتبارها كذلك اتباع الإجـــراءات المنصـــوص عليها فى المادتين الرابعة والسادسة سالفتى الإشارة، وكانت محكمة الموضوع فى حدود سلطتها فى فهم الواقع فى الدعـــوى وتقدير الأدلة فيها ــ قد استخلصت من المستندات المقدمة لها أن الطـــاعن لم يقم بتلك الإجراءات، وأن هناك ورثة ظاهرين للمتوفى صـــدر لصـــالحهم حكم فى الدعوى رقم ٥٧٤٩ سنة ١٩٦٦ مستعجل الإســـكندرية قضى بطرد المطعون عليه من عقار النزاع، ورتب على ذلك أن الطاعن عجز عن إثبات أن التركة شاغرة، وبالتالى ليس له ثمة حق على العقار موضوع النزاع، فإن هذا النعى لا يعدو أن يكون جدلاً موضـــوعيًا فى تقدير محكمة الموضوع للأدلة وهو ما لا يجوز إثارته أمام محكمة النقض[1].

• **عـــدم اعتـــبار بـــيت المـــال وارثًا:** بيت المال وإن عد مستحقًا للتركات التى لا مستحق لها، فإنه لايعتبر وارثًا فى نظر الشرع، ولذلك فهو لا يصلح خصمًا فى دعوى الوراثة[2].

• **ضـــبط مـــال من لا وارث له:** البطريركية ليست جهة حكم ولا جهـــة لضبط مال من لم يظهر له وارث، بل ذلك من خصائص وزارة المالـــية بصفتها بيت المال، فتصرف البطريركية بتناول النقود وتسليم التـــركة إلى مطلق المتوفاة، الذى لا يرثها بحال، ليسلمه لذى الحق فيه هو تصرف غير مشروع من أساسه. ولا يدخل إطلاقًا فى حدود سلطتها باعتبارها شخصًا معنويًا من أشخاص القانون العام Personne Morale de droit publique. وإذن فهـــى مسئولة عن هذا التصرف باعتبارها

---

(١) الطعن ٢٦٢ لسنة ٥٤ق، جلسة ١٩٨٧/٦/٣ .

(٢) جلسة ١٩٣٢/٥/٢٦ طعن رقم ٢١ سنة ١ق.

شخصًا معنويًا من أشخاص القانون الخاص Personne morale de droit privè[1].

• أيلولة التركات الشاغرة إلى الدولة. شرطه. أن تتخلف عن متوفين من غير وارث. تحقق ذلك. وجوب اتباع الإدارة العامة لبيت المال – **بنك ناصر الاجتماعي** – الإجراءات المنصوص عليها فى المادة ٤، ٥ ق ٧١ لسنة ١٩٦٣[٢].

انتهاء تقرير الخبير الذى عول عليه الحكم فى قضائه إلى أن بنك ناصر الاجتماعى لم يقدم الدليل على وفاة مالكى أرض النزاع دون وارث. مؤداه. عدم اعتبارها تركة شاغرة تؤول ملكيتها إليه ولا تسرى بشأنها أحكام المادة ٩٧٠ مدنى المعدلة بقانون ١٤٧ لسنة ١٩٥٧. أثره. جواز تملكها بالتقادم المكسب[٣].

(هـ) ما يصح اعتباره مالاً يورث:

• التوريث لا يقوم إلا على ما يخلفه المورث وقت وفاته، أما ما يكون قد خرج من ماله حال حياته فلا حق للورثة فيه[٤].

• إن من عدا أبا حنيفة من الأئمة وجمهور الفقهاء قد ذهبوا فى انتقال الخيارات إلى الورثة انتقال الأموال والحقوق المذهب الذى انتحاه القانون المصرى فيما جرى عليه من توريث الأموال والحقوق المتعلقة

---

(١) جلسة ١٩٣٦/٤/٣ طعن رقم ٦٩ سنة ٥ق.

(٢) الطعن رقم ٢٠٨٧ لسنة ٥٧ق، جلسة ١٩٩٣/١/٥.

استناد الحكم فى قضائه على أن الطاعن – بنك ناصر – لم يقم بتلك الإجراءات وأن تركة المتوفى ليست شاغرة لأيلولتها للمطعون عليهما بموجب حكم مما لا يكون معه للبنك ثمة حق على العقار موضوع النزاع استخلاص سائغ. (الطعنان رقما ٢٧٣٩، ٢٩٣٤ لسنة ٥٩ق، جلسة ١٩٩٠/٦/٢٣)

(٣) الطعن رقم ٢٢١ لسنة ٥٨ق، جلسة ١٩٩٥/١١/٢٨.

(٤) نقض ١٩٧٢/٣/٧ س ٢٣ ص ٢٩٨؛ نقض ١٩٧٢/٥/٣ س ٢٣ ص ٧٩٠.

بالأموال والحقوق المجردة والمنافع والخيارات والدعاوى وآجال الدين. فمن مات وعليه دين مؤجل فلا يحل بموته أجل الدين لأنه حق استفاده المـــدين حـــال حـــياته فينتقل بعد موته إلى ورثته ميراثا عنه، والمنافع المملوكة للشخص إذا مات قبل استيفائها يخلفه ورثته فيما بقى منهم، فلا تنفسخ الإجارة بموت المستأجر أو المؤجر فى أثناء مدتها. ومن أعطيت له أرض ليحييها بالزراعة أو العمارة فحجرها ثم مات قبل مضى ثلاث ســـنين ولـــم يكـــن قـــد باشـــر فيها عمل الإحياء حل وارثه محله فى اختصاصـــه وأولويته بإحيائها. وإذا مات الدائن المرتهن انتقل حقه فى الرهن إلى ورثته وانتقل معه حقه فى حبس العين المرهونة حتى يوفى الـــدين. وكل هذا كما هو صحيح في القانون صحيح عند الأئمة الثلاثة وجمهور الفقهاء، وغير صحيح عند أبى حنيفة.

● إن القانـــون المصرى قد خلا من النص على حكم خيار العياب وخـــيار الشرط وخيار التعيين وخيار الاسترداد الوراثى وخيار المدين دفـــع ثمن الدين المبيع لمشتريه. وكذلك قد خلا قانون الشفعة من النص علـــى حكم خيار الشفيع هل ينقل للورثة أو لا ينتقل. والصحيح فى هذه الخـــيارات أنها جميعًا تنتقل قانونا إلى ورثة من له الخيار، لأنها حقوق مالـــية يجـــرى فـــيها التوارث مجراه فى المال. ولا يغض من ذلك أن الشـــريعة الإسلامية فى مذهب أبى حنيفة ــ لاتجيز انتقال خيار الشفعة إلى وارث الشفيع[1].

● إن كون الشيء مالاً فينتقل من الشخص إلى ورثته أو ليس مالاً فـــلا ينتقل هو بحث فى مسألة عينية من صميم المعاملات. وإذا كانت المادة ٥٤ من القانون المدنى قد أحالت فى تعرف أحكام المواريث على قانون الأحوال الشخصية للمتوفى فإن المراد بهذه الإحالة هو أن نطبق أحكـــام القانون المحال عليه فى مسائل الإرث، ككون الإنسان وارثا أو غيـــر وارث، وكونه يستقل بالإرث أو يشاركه فيه غيره إلى غير ذلك

(١) نقض ١٩٣٩/٢/٨ طعن رقم ٩٥ سنة ٨ق.

مما يقوم عليه حق الإرث ذاته. أما الأشياء التى هى موضوع هذا الحق فــالحكم فــى ثــبوت ماليتها أو نفيها لا يكون إلا تبعًا لأحكام القانون الوضــعى الذى هو وحده المرجع فى كل ما يدخل فى دائرة المعاملات والأموال.

والمــال فى عرف القانون هو كل شيء متقوم نافع للإنسان يصح أن يســتأثر به وحده دون غيره. وكما يكون المال شيئًا ماديًا كالأعيان التى تقع تحت الحواس يكون المال شيئًا معنويًا كالحقوق التى لا تدرك إلا بالتصــور. والاستشــفاع حق من هذه الحقوق توافرت فيه عناصر المالية، وهي النفع والتقوم وقابلية الاستئثار فوجب اعتباره مالاً يورث، لاحقًا متصلاً بشخص الشفيع[1].

(و) تقادم حقوق الإرث:

● مؤدى ما نصت عليه المادة ٩٧٠ من القانون المدنى من أنه "فى جميع الأحوال لا تكتسب حقوق الإرث بالتقادم إلا إذا دامت الحيازة مدة ثــلاث وثلاثــين سنة" أن حق الإرث ــ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمــة ــ يسقط بالتقادم المسقط ولا يجوز سماع الدعوى به بمضى

---

(١) نقض ١٩٤٦/١/٣١ طعن رقم ١٦ سنة ١٥ق.

حــق الشــفعة مــن الحقوق التى يجرى فيها التوارث على ما جرى به قضاء هذه المحكمة. (نقض ٥٧/٣/٧ س ٨ ص ٢١٤)

متــى كانت التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر ــ مثل التصرف بالبيع ــ قابلــة للإبطال لمصلحة القاصر ــ كما هو حكم المادة ١١١ من القانون المدنى ــ فإن للقاصر فى حال حياته أن يباشر طلب الإبطال بواسطة من يمثله قانونا، كمــا أن هذا الحق ينتقل بعد وفاته لوارثه بوصفه خلفًا عامًا له يحل محل سلفه فــى كــل ما له وما عليه فتؤول إليه جميع الحقوق التى كانت لسلفه. وإن كان موضــوع الإبطال تصرفًا ماليًا فإنه بهذا الوصف لا يكون حقًا شخصيًا محضًا مــتعلقًا بشخص القاصر بحيث يمتنع على الخلف العام مباشرته. (نقض ٢/٢٧/ ٥٨ س ٩ ص ١٦١)

ثــلاث وثلاثــين سنة لأن التركة مجموع من المال لا يقبل الحيازة فلا يكسب حق الإرث بالتقادم[1].

• الدفــع بسقوط الإرث يختلف عن الدفع باكتساب الملكية بالتقادم المكسب، وإذا كانت مدونات الحكم قد خلت مما يدل على تمسك الطاعنة بســقوط حق الإرث بمضى المدة فليس لها أن تثير هذا الدفع الجديد — وهو غير متعلق بالنظام العام — لأول مرة أمام محكمة النقض[2].

• تصرف الورثة فى التركة المستغرقة ببيع بعض أعيانها خاضع لحكــم القانون المدنى من حيث اعتباره صادرًا من غير مالك، وبالتالى سببًا صحيحًا لاكتساب الملكية بالتقادم الخمسى، ومن حيث عدم اعتباره محلاً لدعوى إبطال التصرف إضرارًا بدائن التركة. لكن الحكم الصادر ـــ على هذا الأساس — بملكية المشترى للعين المبيعة له لا يكسبه هذه الملكــية إلا محملة بحق الدائن العينى، لأن التقادم قصير المدة المكسب للملكــية لا يمكــن أن يكون فى الوقت نفسه تقادمًا مسقطًا للحق العينى الذى يثقلها إذ هذا الحق إنما هو حق تبعى لا يسقط بالتقادم مستقلاً عن الــدين الذى هو تابع له وبقاء هذا الحق العينى على الأرض المبيعة هو سند الدائن فى تتبعها بالتنفيذ تحت يد المتصرف إليه، وإذن فمن الخطأ أن يقضـــى بإلغـــاء إجراءات نزع الملكية التى يتخذها الدائن على تلك

---

(1) الطعن رقم ١٦١٢ س ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/٥/٢.

حــق الإرث لا يكســب بالتقادم. دعوى الإرث. سقوطها بمضى ٣٣ سنة. م ٩٧٠ مدنى. للوارث أن يتملك بالتقادم نصيب غيره من الورثة متى استوفى وضع يده الشـــروط القانونية. مدة التقادم خمس عشرة سنة. (الطعن رقم ٣٣٤٧ لسنة ٦٠ ق، جلسة ١٩٩٥/٦/٢١).

(2) نقض ١٩٧٣/١٢/١٧ س ٢٤ ص ١٢٦٨.

الأرض إذ هــذا القضـــاء يكــون فيه إهدار لحق الدائن فى تتبع العين لاستيفاء دينه[1].

• ليس فى القانون ـــ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ـــ ما يحرم على الوارث أن يتملك بالتقادم نصيب غيره من الورثة، إذ هو فى ذلـــك كأى شخص أجنبى عن التركة يتملك بالتقادم، متى استوفى وضع يده الشرائط الواردة فى القانون[2].

(ز) ثبوت الوراثة:

إن تحديـــد أصحاب الحق فى الميراث وأنصبتهم يتم طبقًا لأحكام الشـــريعة الإسلامية، ولكن إثبات وتحقيق الوفاة وحصر الورثة يتم عن طـــريق مـــا يسمى بالإعلام الشرعى أو إشهاد الوراثة، وتعبر محكمة النقض عن حجيته بقولها:

• "مؤدى نص المادة ٣٦١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أن المشـــرع أراد أن يضفى على إشهاد الوفاة والوراثة حجية ما لم يصدر حكم على خلاف ومن ثم أجاز لذوى الشأن ممن لهم مصلحة فى الطعن علـــيه طلـــب بطلانه سواء فى صورة الدفع فى دعوى قائمة أو إقامة دعوى مبتدأة[3].

• لا تثـــريب علـــى المحكمـــة إن هى اعتمدت فى قضائها بثبوت الوراثة على إشهاد شرعى لم ينازع فيه أحد[4].

• تُدفع حجية الإعلام الشرعى بحكم من المحكمة المختصة. وهذا الحكـــم كمـــا يكون فى دعوى أصلية يصح أن يكون فى دفع أُبدى فى

---

(١) نقض ١٩٤٧/٢/٢٧ طعن رقم ١٤١ سنة ١٥ق.

(٢) نقض ١٩٧١/٣/١١ س ٢٢ ص ٢٨٢.

(٣) نقض ٧٥/٤/٣٠ س ٢٦ ص ٨٦٠.

(٤) نقض ١٩٥٥/١١/١٧ طعن رقم ١١٧ سنة ٢٢ق.

الدعــوى التـــى يراد الاحتجاج فيها بالإعلام الشرعى متى كانت الهيئة التى فصلت فى الدفع مختصة أصلاً بالحكم فيه. وقضاؤها هذا لا يعتبر إهــدارًا لحجــية الإعــلام لا تملكه المحكمة، بل هو قضاء من محكمة مختصــة يخالــف مــا ورد فى الإعلام بتحقيق الوفاة والوراثة. وهذا القضاء أجازه الشارع وحد به من حجية الإعلام الذى يصدر بناء على إجراءات تقوم فى جوهرها على تحقيقات إدارية يصح أن ينقصها بحث تقوم به الجهة القضائية المختصة[1].

• إنكــار الــوراثة، الذى يستدعى استصدار حكم شرعى لإثباتها، يجــب أن يكون صادرًا من وارث حقيقى ضد آخر يدعى الوراثة، فإذا أنكــرت وزارة المالية، بصفتها حالة محل بيت المال، الوراثة لصاحب المــال الــذى تحت يدها على من يدعيها فإنكارها هذه الوراثة عليه لا يستدعى استصدار حكم شرعى لإثباتها، لأنها ليست إلا أمينة فقط على مــال من لا وارث له. فيكفى من يدعى استحقاقه لمال تحت يدها إثبات وراثته للمتوفى عن ذلك المال بإعلام شرعى[2].

• قــواعد تحقيق الوفاة والوراثة الواردة بالباب الأول من الكتاب الســادس مــن لائحة ترتيب المحاكم الشرعية لم تشترط لقبول تحقيق الــوفاة والــوراثة وصــحة الإعلام الشرعى الذى يضبط نتيجة له أن يحصــل الطالب على حكم مثبت لسبب الإرث المدعى بل أجازت لكل مــدع للوراثة أن يتقدم بطلبه إلى المحكمة حتى إذا ما أثير نزاع أمامها حول هذا السبب وتبين للقاضى جديته رفض إصدار الإشهاد وتعين على الطالب أن يرفع دعواه بالطريق الشرعى[3].

• متـــى كان الحكم إذ قضى بثبوت الوفاة والوراثة قد أخذ بأسباب الحكم الابتدائى الذى وقف فى تسبيب قضائه عند حد القول بأن المدعى

---

(١) نقض ٦٢/٥/٩ س ١٣ ص ٦١٩.

(٢) جلسة ١٩٣٢/٥/٢٦ طعن رقم ٢١ سنة ١ق.

(٣) نقض ٨١/٦/٢٢ س ٣٢ ص ١٩١٢.

أثــبت دعــواه بالبينة الشرعية وأن الدعوى قد ثبتت بذلك دون أن يبين ماهــية هذه البينة ومؤداها وما هى الحقيقة التى ثبتت للمحكمة من هذه البيــنة التى أسست عليها قضاءها فإن الحكم يكون مشوبًا بالقصور فى التسبيب[1].

• فقــه الحنفية ــ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ــ استقر علــى أنه لقبول الشهادة على الإرث، لابد من ذكر سببه وطريقه، فإذا

---

(١) نقض ٥/٦/٥٨ س ٩ ص ٥٤٦.

النص فى المادة ٣٦١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقــم ٧٨ لسنة ١٩٣١ والمعدلة بالقانون رقم ٧٢ لسنة ١٩٥٠ على أن "يكون تحقــيق الوفاة والوراثة والوصية الواجبة إن وجدت على وجه ما ذكر حجة فى خصــوص الوفاة والوراثة والوصية الواجبة المحققة الشروط ما لم يصدر حكم شرعى على خلاف هذا التحقيق، يدل ــ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ـــ علــى أن تحقيق الوفاة والوراثة حجة فى هذا الخصوص ما لم يصدر حكم على خلاف هذا التحقيق، وإنكار الوراثة الذى يستدعى استصدار مثل هذا الحكم يجــب أن يصدر من وارث ضد آخر يدعى الوراثة. وأن النص فى المادة ٣٠ مــن القانون المدنى على أن (١) تثبت الولادة والوفاة بالسجلات الرسمية المعدة لــذلك (٢) فإذا لم يوجد هذا الدليل أو تبين عدم صحة ما أدرج بالسجلات جاز الإثــبات بأيــة طــريقة أخرى مفاده أن الأصل أن شهادة الميلاد وشهادة الوفاة كافيتان للإثبات إلا إذا أثبت ذوو الشأن عدم صحة ما أدرج بالسجلات أو إذا لم توجد شهادة الميلاد أو شهادة الوفاة لأى سبب من الاسباب فيجوز عندئذ الإثبات بجمــيع الطــرق. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أسس قضاءه بعدم قــبول دعوى الطاعن على أنه اختصم مورث المطعون ضدهما من الثانى إلى الأخير رغم أنه كان متوفيًا وا ستدل على ثبوت هذه الوفاة قبل الطاعن بحسبانه غيــر وارث للمتوفــى من الإشهاد الرسمى الصادر من محكمة جنوب القاهرة الابتدائــية بتاريخ ١٦/٨/١٩٨٠ الثابت به وفاة البائع "موسى شحاته طويل" فى ٦/٢/١٩٧٢ وإقــرار ورثــة الــبائع بــوفاته والمؤرخ ١/٨/١٩٧٣ والشهادة المــؤرخة ٥/٢/١٩٧٧ الصــادرة مــن محلة ميناء الحصن ببيروت والمصدق علــيها فإنه لا يكون قد خالف القانون. (الطعن ٢٣٢٠ لسنة ٥٢ق جلسة ٢/٤/٨٧).

شهدوا أنه أخوه أو عمه أو ابن عمه، لا تقبل حتى يبينوا طريق الأخوة والعمـــومة بأن يبينوا الأسباب المورثة للميت "وينسبوا الميت والوارث حتى يلتقيا إلى أب واحد" (١).

(ح) تمثيل الوارث للتركة:

إن الوارث يعتبر ممثلاً شرعيًا للورثة أو بمثابة وكيل قانوني عنهم فـــى كل ما يتعلق بالتركة، وذلك فيما يعود عليهم بالنفع. وتتضح أبعاد هذا المبدأ من خلال التطبيقات التى أوردتها محكمة النقض فيما يلى:

- القاعـــدة الشرعية التى تقضى بأن الوارث ينتصب خصمًا عن باقـــى الـــورثة فـــى الدعاوى التى ترفع من التركة أو عليها قد تكون صحيحة ويمكن الأخذ بها ــ على ما جرى به قضاء محكمة النقض ــ لـــو أن الوارث كان قد خاصم أو خوصم طالبًا الحكم للتركة نفسها بكل حقها أو مطلوبًا فى مواجهته الحكم على التركة نفسها بكل ما عليها. أما إذا كـــان كـــل مـــن الورثة يطالب بنصيبه الخاص فى التعويض الذى يســـتحقه عن مورثه وحكم برفض دعواهم فانفرد أحدهم برفع استئناف عن هذا الحكم طالبًا إلغاءه والحكم له بمقدار نصيبه وحده فى التعويض فـــإن عمله هذا يكون لنفسه فقط ولمصلحته الشخصية لا لمصلحة عموم التركة كنائب شرعى عنها وقائم فى الخصومة مقامها ومقام باقى الورثة وبالتالـــى لا يعتبـــر الحكـــم الصادر فى الاستئناف باستحقاقه لحصته الميـــراثية فى التعويض قضاء باستحقاق باقى الورثة لأنصبتهم فى هذا التعويض(٢).
- الـــوارث الذى طعن على عناصر التركة ومقوماتها قبل أيلولتها إلـــى الـــورثة هـــو نائب عن التركة وعن سائر الورثة بوكالة قانونية

---

(١) نقض ١٧/٤/٧٤ س ٢٥ ص ٦٨٩.

(٢) نقض ١٣/٢/١٩٦٨ س ١٩ ص ٢٥٤.

أساسها وحـــدة التركة واستقلالها عن أشخاص الورثة وأموالهم الخاصة [(١)].

• إذا اتخــذ أحد الورثة إجراء لمصلحة التركة يحفظ به حق باقى الشــركاء فــيها من السقوط فهو يقوم فى هذا الشأن مقامهم ويعتبر فى اتخــاذ هــذا الإجراء نائبًا عنهم. وإذن فمتى كان الثابت من الحكم أن عرض ثمن المبيع وفائيًا والملحقات على المشترى وإن كان موجبًا من أحد الورثة إلا أنه قد نص فى محضر الإيداع الذى تم قبل انقضاء المدة المحــددة للاســترداد على أن المبلغ السابق عرضه هو من مال الورثة جميعًا وأن الوارث الذى قام بالعرض قد باشره نيابة عنهم وكان المبلغ المــودع يفــى بما يجب أداؤه من الثمن ورسم التسجيل. فإن إجراءات اســترداد العين المبيعة وفائيًا تكون قد تمت صحيحة من جميع الورثة ويكون الحكم إذ قضى بصحة هذه الإجراءات قد أقام قضاءه على أساسٍ يكفى لحمله ولا يعيبه ما استطرد إليه تزيدًا من أنه ليس ما يمنع قانونا انفراد بعض ورثة البائع وفائيًا باسترداد كامل العين المبيعة[(٢)].

• ورثــة المــدين ــ باعتبارهم شركاء فى تركته كل منهم بحسب نصــيبه ــ إذا أبدى واحد منهم دفاعًا مؤثرًا فى الحق المدعى به على التركة كان فى إبدائه نائبًا عن الباقين فيستفيدون منه، وذلك لأن التركة منفصــلة شرعًا عن أشخاص الورثة وأموالهم الخاصة وللدائنين عليها حــق عيني بمعنى أنهم يتقاضون منها ديونهم قبل أن يؤول شيء منها للــورثة وبصرف النظر عن نصيب كل منهم منها. وعلى هذا الاعتبار يكــون دفــع المطالب الموجهة إلى التركة فى شخص الورثة غير قابل للتجــزئة ويكفــى أن يبديه البعض الآخر. فإذا تمسك بعض الورثة فى دعوى مرفوعة منهم بطلب براءة ذمة مورثهم من دين عليه بسقوط هذا

---

(١) نقض ١٩٨٢/١/١٨ س ٣٣ ص ١٣٢.

(٢) نقض ١٩٥٤/١٢/٢ طعن رقم ١٢٣ سنة ٢١ق.

الــدين بالــتقادم فإنهم يكون فى إبداء هذا الدفع نائبين عن باقى الورثة الــذين لــم يشتركوا فى الدعوى ويفيد من الحكم بسقوط الدين بالتقادم الورثة الآخرون الذي لم يشتركوا فى الدعوى[1].

---

(١) نقض ١٩٦٤/١١/١٩ س ١٥ ص ١٠٥٠.

التــركة منفصلة شرعًا عن أشخاص الورثة وأموالهم الخاصة وللدائنين عليها حق عينــى تبعى بمعنى أنهم يتقاضون منها ديونهم قبل أن يؤول شيء منها للورثة وبصــرف النظــر عن نصيب كل منهم فيها. وإذ كانت القاعدة أن الحق العينى التبعــي لا يقــبل التجزئة فإنه على هذا اعتبار يكون دفع المطالب الموجهة إلى التــركة فى شخص الورثة غير قابل للتجزئة ويكفى أن يبديه البعض ليفيد منه باقــى الــورثة متــى وضح أن مقصود من أبداه لم يكن هو الدفاع عن نصيبه المحدد فى التركة وإنما الدفاع عن عموم التركة كنائب شرعى عنها. فإذا كانت مــورثة الطاعنين قد رفعت الدعوى بدينها طالبة الحكم لها به على تركة مدينها ـــ مــورث المطعون ضده ــ ممثلة فى أشخاص ورثته ولم تطلب الحكم على كــل واحد منهم بحصته التى تلزمه فى هذا الدين، ولما حكم لورثتها الطاعنين بهــذا الدين على التركة اتخذوا بمقتضى هذا الحكم إجراءات التنفيذ على أعيانها جملــة ولا تجزئة لنصيب كل وارث فيها ووجهوا تلك الإجراءات للورثة ومنهم المطعــون ضده بوصفهم ممثلين للتركة ولم يوجهوها إليهم على اعتبار أن كلا مــنهم مالك لنصيب محدد فى الأعيان المنفذ عليها، وكان المطعون ضده حين طعــن فى إجراءات التنفيذ بطريق الاعتراض على قائمة شروط البيع لم يقصر اعتراضــه علــى الإجــراءات المتخذة على نصيبه الميراثى فى الأطيان المنفذ علــيها بل جعل اعتراضه شاملاً لعموم أعيان التركة المنفذ عليها وطلب إبطال الإجراءات المتخذة عليها جميعًا بما فى ذلك أنصباء شركائه فيها، فإن المطعون ضــده فى إبدائه لهذا الاعتراض لم يكن يعمل لمصلحة نفسه وفى حدود نصيبه وإنمــا لمصــلحة عموم التركة كنائب شرعى عنها وقائم فى الخصومة مقامها باقــى الــورثة ومــن ثم فإنهم يفيدون من اعتراضه (الطعن ٢٧٦ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/٢٥ س ١٦ ص ٣٨٤)

إذا دفــع وصــى الخصومة عن بعض الورثة المدعى عليهم بأن سندات الدين التى رفعــت بها الدعوى تخفى وصية، استفاد جميع الورثة من هذا الدفاع، ووجب علــى المحكمة أن تعرض له وتفصل فيه فإن هى أغفلت الرد عليه كان حكمها

بـــاطلاً متعينًا نقضه لمصلحة جميع المدعى عليهم. (جلسة ١٩٤٣/٢/١٨ طعن رقم ٤٣ سنة ١٢ق)

إذا عـــين المـــورث اثنـــين من ورثته منفذين لوصيته فإنه يجوز لأحدهما أن يمثل الآخر فى اتخاذ إجراء فى الميعاد المعين له بما يدفع ضررًا عن التركة وهو ما لا يحـــتاج الأمـــر فيه إلى تبادل الرأى. وإذن فمتى كان أحد منفذى الوصية قد طعن بطريق النقض فى الحكم الصادر ضد مصلحة التركة فإن الدفع بعدم قبول هذا الطعن لانفراد أحد المنفذين بالتقرير به دون الآخر يكون على غير أساس. (جلسة ١٩٥٥/١٢/٢٢ طعن رقم ٢٣٧ سنة ٢٢ق)

متى كان الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض دعوى الطاعنين بطلب إثبات صحة الـــتعاقد أقام قضاءه على واقعة تبين للمحكمة صحتها وهى أن مورثة المطعون علـــيهما الأولـــى والـــثالث لم توقع على عقد البيع المنسوب صدوره منها إلى الطاعنـــين، وأن المطعون عليها الأولى إذ استأنفت وحدها الحكم الابتدائى الذى قضـــى بإثـــبات الـــتعاقد كانت تعمل لمصلحة التركة وتقوم فى هذا الشأن مقام الـــوارث الآخـــر الـــذى لـــم يســـتأنف وهو المطعون عليه الثالث، لأن الورثة باعتبارهم شركاء فى التركة كل بحسب نصيبه إذا أبدى واحد منهم دفاعًا مؤثرًا فـــى الحـــق المدعـــى به على التركة كان فى ابدائه نائبًا عن الباقين، وأن دفع الطلب الموجه إلى التركة فى شخص الوارث غير قابل للتجزئة، فإذا أبداه واحد مـــنهم اســـتفاد مـــنه الآخرون، فإن هذا الذى قرره الحكم لا مخالفة فيه للقانون ويكـــون فى غير محله ما يعيبه الطاعنون على هذا الحكم من أنه لم يقتصر فى قضائه برفض الدعوى على حصة الوارثة التى استأنفت. (جلسة ١٩٥٢/٥/٢٩ طعن رقم ١٢٣ سنة ٢٠ق)

معنى المادة ٣٤١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أن الوارث الذى لم يظهر فى الخصـــومة يعتبر ممثلاً فيها عن طريق نيابة الوارث الآخر أو بعبارة أدق عن طـــريق المـــورث الذى يتلقى الحق عنه إلا أنه مع ذلك لا يعتبر محكومًا عليه مباشـــرة بـــل يكون من الغير الذى له حق الطعن بالتعدى فلا يحوز الحكم قبله حجـــية مـــا. فالحكم الذى يعتبر حكمًا شرعيًا متعديًا إلى أحد الورثة وأنه يحوز قـــبله قـــوة الأمـــر المقضى أسوة بأخويه المحكوم عليهما فى نفس الحكم يكون مخطئًا.

(ط) مدى أحقية المورث فى التصرف فى ملكه:

• وإن كــان التحايل على مخالفة أحكام الإرث باطلاً بطلانًا مطلقًا فذلك لا يمنع المالك الكامل الأهلية من حرية التصرف فى ملكه تصرفًا غيــر مشوب بعيب من العيوب ولو أدى تصرفه هذا إلى حرمان ورثته أو إلى تعديل أنصبتهم.

لا تتقــيد التصــرفات إلا ابــتداء من مرض الموت، أما قبل ذلك فالمالك الكامل الأهلية حر التصرف فى ملكه ولو أدى تصرفه هذا إلى

متى كان أحد المحكوم عليهما لم يرفع طعنًا عن حكم الاستئناف فى دعوى الملكية التــى كان قد رفعها هو وأخوه بثبوت ملكيتهما إلى نصيبهما فى منزل موروث ولــم يتدخل فى الطعن الذى يرفع من أخيه فلا يقبل منه الادعاء بأن أخاه كان يمثله أو ينوب عنه فى الطعن الذى قضي فيه بنقض الحكم وبوقف الدعوى أمام محكمــة الاستئناف حتى يفصل من المحكمة الشرعية فى مسألة هى من أصل الوقف. (نقض ١٩٥٧/٥/٢٣ س ٨ ص ٤٩٦).

إذا كــان الــثابت من الصورة الرسمية لصحيفة الاستئناف أن مقدميها نازعوا فى جــواز توجــيه إجــراءات التنفيذ على التركة في شخص بعض الورثة قائلين بوجوب اختصامهم جميعًا كيما يتقدم كل منهم بما عسى أن يكون لديه من وجوه الــدفاع، وقــرروا أن مــا قال به الحكم من أنه يكفى توجيه الخصومة لبعض الورثة، إذ ينتصب الوارث خصمًا عن الباقين مادام الدين قد التزمت به التركة، لا محــل لتطبــيقه فى الدعوى حيث لم توجه إجراءات التنفيذ المطلوب إبطالها إلــى بعــض الورثة باعتبارهم نائبين عن الباقين بل وجهت إلى جميع الورثة فصــح اختصــام البعض دون البعض، ثم تمسكوا ــ فى سبيل التدليل على قيام الــتعارض بــين مصالح الورثة الموجب لاختصامهم جميعًا ــ بأن الإجراءات المطلــوب إبطالها اتخذت بحكم مؤسس على صلح عقده غيرهم من الورثة ولم يشــتركوا هم فيه ولا أقروه، ومع ذلك لم تتحدث محكمة الاستئناف فى حكمها عن شيء من ذلك وأيدت الحكم الابتدائى لأسبابه، فإنها بذلك تكون قد أعجزت محكمة النقض عن مراقبة تطبيق القانون، ويتعين نقض حكمها لقصوره. (جلسة ١٩٤٨/٥/٢٠ طعن رقم ٤٨ سنة ١٧ق)

حـــرمان ورثته أو تعديل أنصبتهم ما لم تكن تصرفاته مشوبة بعيب من العيوب.

قوانـــين الإرث (أى أحكامه)، لا تنطبق إلا على ما يخلفه المتوفى من الأملاك حين وفاته، أما ما يكون قد خرج من ملكه حال حياته لسبب من أسباب التصرفات القانونية فلا حق للورثة فيه ولا سبيل لهم إليه ولو كان المورث قد قصد حرمانهم منه أو إنقاص أنصبتهم فيه[1].

• الـــتحايل الممنوع على أحكام الإرث لتعلق الإرث بالنظام العام هـــو ما كان متصلاً بقواعد التوريث وأحكامه المعتبرة شرعًا، كاعتبار شـــخص وارثا وهو فى الحقيقة غير وارث أو اعتباره غير وارث وهو فى واقع الأمر وارث، وكذلك ما يتفرع عن هذا الأصل من التعامل فى التـــركات المســـتقبلة كإيجاد ورثة قبل وفاة المورث غير من لهم حق الميـــراث شـــرعًا أو الزيادة أو النقص فى حصصهم الشرعية ويترتب علـــى هـــذا بداهة أن الهبة الصادرة من المورث فى حال صحته لأحد الورثة تكون صحيحة لخروجها من نطاق التعريف بالتحايل على قواعد الإرث على ما ذكر.

هـــذا، والاعتـــراض بـــأن الـــوارث يعتبر من الغير بالنسبة إلى التصرفات الضارة به الصادرة من المورث لأحد ورثته لا محل له متى كـــان التصـــرف منجـــزًا، إذ القانون لا يحرم مثل هذا التصرف على الشخص كامل الأهلية ولو كان فيه حرمان ورثته، لأن التوريث لا يقوم إلا علـــى ما يخلفه المورث وقت وفاته أما ما يكون قد خرج من ملكه حال حياته فلا حق للورثة فيه[2].

• لـــئن كان حق الورثة يتعلق فى مرض الموت بماله إلا أن هذا الحـــق لا يـــتعلق إلا بالثلثين منه أما الثلث الباقى فقد جعله الشارع حقًا

---

(١) نقض ١٩٣٦/٦/٤ طعن رقم ٢ سنة ٦ق.

(٢) نقض ١٩٤٨/١٢/٢٣ طعن رقم ٩١ سنة ١٧ق.

للمـــريض يـــنفقه فـــيما يرى بواسطة التبرع المنجز حال المرض أو بواسطة الوصية[1].

(ى) حكـــم تصـــرفات المورث بالنسبة للوارث ومتى يعتبر الوارث من الغير؟

• إجـــازة الوارث للتصرف الصادر من مورثه لا يعتد بها إلا إذا حصـــلت بعد وفاة المورث، ذلك لأن صفة الوارث التى تخوله حقًا فى التركة لا تثبت له إلا بهذه الوفاة[2].

• من المقرر أن إجازة الوارث التصرفات مورثه الضارة بحقه فى الإرث قـــد تكون صريحة أو ضمنية، والإجازة الضمنية تكون بقول أو عمـــل أو إجراء يصدر من الوارث يدل بذاته على تركه للحق أو إثباته أى تصرف يفهم منه بوضوح إجازة هذا التصرف[3].

• الوارث لا يعتبر من طبقة الغير بالنسبة إلى الإقرارات الصادرة مـــن المورث ومن ثم فإنها تسرى عليه غير أن له أن يثبت بأى طريق من طرق الإثبات أن حقيقتها وصية قصد بها إيثار أحد الورثة إضرارًا به[4].

• الأصل فى إقرارات المورث أنها تعتبر صحيحة وملزمة لورثته حتـــى يقـــيموا الدلـــيل على عدم صحتها وإذا كان القانون قد أعفى من يضـــار من الورثة بهذه الإقرارات من الإثبات الكتابى فى حالة ما إذا طعنوا فيها بأنها فى حقيقتها وصية قصد بها إيثار بعض الورثة، فليس معنى هذا أن مجرد طعنهم فيها يكفى لإهدار حجية هذه الإقرارات. بل

---

(١) نقض ١٩٦٧/٥/١١ س ١٨ ص ٩٧٤.

(٢) نقض ١٩٧٣/٤/١٠ س ٢٤ ص ٥٧٧.

(٣) الطعنان ١٤٨٥، ١٥٠ س ٥٤ ق جلسة ١٩٨٥/٤/٢٣

(٤) نقض ١٩٨٥/٤/٢٨ س ٣٦ ص ٦٦٨

يجـــب لـــذلك أن يقيموا الدليل على عدم صحتها بأى طريق من طرق الإثبات[1].

• الـــتاريخ العرفـــى المعتـــرف به من المورث يكون حجة على الـــوارث حتـــى يقيم الدليل على عدم صحته. فإذا كان الوارث لم يقدم الدلـــيل علـــى عـــدم صحة ذلك التاريخ، ولم يطلب إحالة الدعوى إلى التحقيق ليثبت بجميع الطرق القانونية صدور العقد فى تاريخ آخر، فإن أخذ المحكمة بالتاريخ الوارد فى العقد لا تكون فيه مخالفة للقانون[2].

• الـــوارث ــ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ــ يعتبر فى الأصل قائمًا مقام المورث فى صدد حجية التصرف الصادر منه فيتقيد فـــى إثبات ما يخالف الكتابة بالدليل الكتابى الذى يقيد سلفه إلا إذا طعن فى التصرف بأنه وصية وقصد به الاحتيال على قواعد الإرث إضرارًا بحقه[3].

• المقـــرر فى قضاء هذه المحكمة أن الوارث لا يعتبر قائمًا مقام مورثه فى التصرفات الماسة بحقه فى التركة عن طريق الغش والتحايل على مخالفة أحكام الإرث، بل يعتبر فى هذه الحالة فى حكم الغير ويباح له الطعن على التصرف وإثبات صحة طعنه بكافة الطرق لأنه فى هذه الصـــورة لا يستمد حقه من المورث وإنما من القانون مباشرة ولا تقف نصـــوص العقـــد وعـــباراته الدالـــة على تنجيز التصرف مهما كانت صراحتها حائلاً دون هذا الإثبات[4].

• حـــق الـــوارث فى الطعن فى تصرف المورث بأنه فى حقيقته وصـــية لا بـــيع وأنـــه قد قصد به التحايل على أحكام الإرث المقررة

---

(١) نقض ١٩٥١/١/١٨ طعن رقم ٣٤ س ١٩ق.

(٢) نقض ١٩٤١/٢/١٣ طعن رقم ٧١ سنة ١٠ق.

(٣) الطعن رقم ١٥٤٦ س ٤٨ق جلسة ١٩٨٣/١/١٢

(٤) الطعن رقم ٧٥١ س ٥٤ق جلسة ١٩٨٥/٦/٩.

شرعًا، حق خاص به مصدره القانون وليس حقًا يتلقاه عن مورثه وإن كـــان هـــذا الحق لا ينشأ إلا بعد وفاة المورث ومن ثم فلا يكون الحكم الصــــادر قبل المورث بصحة التصرف بالبيع حجة عليه إذ يعد الوارث فـــى حكم الغير فيما يختص بتصرفات مورثه الضارة به والماسة بحقه فى الإرث(١).

• الـــوارث يعتبـــر فـــى حكم الغير بالنسبة للتصرف الصادر من المـــورث إلى وارث آخر إذا كان طعنه على هذا التصرف هو أنه وإن كان فى ظاهره بيعًا منجزًا إلا أنه فى حقيقته يخفى وصية إضرارًا بحقه فـــى الميراث أو أنه صدر فى مرض موت المورث، فيعتبر إذ ذاك فى حكـــم الوصية لأنه فى هاتين الصورتين يستمد الوارث حقه من القانون مباشرة حماية من التصرفات التى قصد بها التحايل على قواعد الإرث التـــى تعتبر من النظام العام ويكون له إثبات طعنه بكافة طرق الإثبات

---

(١) نقض ١٩٦٢/٦/٢١ س ١٣ ع ٢ ص ٨٢٤ لسنة ٢٦ق.

المقـــرر ـــ وعلـــى مـــا جرى به قضاء هذه المحكمة ـــ أن التصرف الصادر من المـــورث هـــو فى الأصل ملزم لورثته بحيث يحاجون به باعتبار أن آثار العقد تمتد إلى المتعاقد وخلفه العام، إلا أن يكون هذا التصرف صادرًا لوارث وقصد بـــه الإضـــرار بحق الآخرين فى الميراث أو صدر فى مرض الموت إذ يعتبر الـــوارث الآخر فى هذه الحالة فى حكم الغير ويستمد حقه فى الطعن على هذا التصـــرف مـــن القانـــون مباشرة حماية له من تصرفات مورثه التى قصد بها الاحتـــيال علـــى قواعد الإرث المتعلقة بالنظام العام، أما إذا أجاز الوارث هذا التصـــرف فإنـــه يكـــون قد صادق عليه وأقر بصحته والتزم بنفاذه وأسقط حقه بالتالـــى فـــى الطعن عليه بأى مطعن (الطعن ١٧٤٥ س ٤٩ق جلسة ١٢/١٤/ ١٩٨٢).

لا يعتبـــر الـــوارث قائمًا مقام المورث فى التصرفات الماسة بحقه فى التركة عن طـــريق الغـــش والتحايل على مخالفة أحكام الإرث بل يعتبر فى هذه الحالة فى حكـــم الغير ويباح له الطعن على التصرف وإثبات صحة طعنه بكافة الطرق، ولا تقـــف صـــراحة نصوص العقد الدالة على تنجيز التصرف حائلاً دون هذا الطعن. (نقض ١٩٦٤/١/٩ س١٥ع١ص٤٤).

القانونية، أما إذا كان مبنى الطعن فى العقد أنه صورى صورية مطلقة فإن حق الوارث فى الطعن فى التصرف فى هذه الحالة إنما يستمده من مـــورثه وليس من القانون ومن ثم فلا يجوز له إثبات طعنه إلا بما كان يجوز لمورثه من طرق الإثبات[1].

• إنـــه وإن كان الأصل أن تكون للحكم حجية الأمر المقضى قبل خلفاء كل من طرفيه، إلا أنه يتعين لمحاجة الوارث بالحكم الصادر ضد مورثه ـــ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ـــ أن يكون الحق الذى يدعـــيه قد تلقاه عن هذا المورث، فلا يكون الحكم الصادر فى مواجهة المـــورث حجة على من يخلفه من وارث أو مشتر إذا استند هذا الخلف إلى سبب آخر غير التلقى من المورث[2].

---

(١) الطعن ١٢٥٢ لسنة ٥٣ق، جلسة ١٩٩١/١٢/١٠.

إجازة إثبات العقد المستتر فيما بين عاقديه أو خلفهما العام بالبينة فى حالة الاحتيال علـــى القانون مقصور ـــ وعلى ما جاء به قضاء هذه المحكمة ـــ على من كان الاحتـــيال موجهًا ضد مصلحته، وإذن فمتى كان عقد البيع الظاهر الصادر من المـــورث ثابتا بالكتابة فلا يجوز لأحد ورثته أن يثبت بغير الكتابة أن هذا العقد صـــورى، وأنـــه قصد به الاحتيال على الغير، لما كان ذلك وكان الطاعنون لم يستندوا فى طعنهم بصورية عقد البيع الصادر من مورثهم والثابت بالكتابة إلى وقوع احتيال فى طعنهم بصورية عقد البيع الصادر من مورثهم والثابت بالكتابة إلـــى وقوع احتيال على حقوقهم، وإنما تمسكوا بأنه حرر بالتواطؤ بين مورثهم والمطعـــون ضـــده بقصد اغتيال حقوق زوجة الأخير، فإنه لا يجوز لهم إثبات الصورية المدعاة بغير الكتابة. (الطعن ٧٥٦ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٩١/٣/١٤).

(٢) نقض ٨١/١١/٢٤ س ٣٢ ص ٢٠٩٣.

الفصل الثالث
الوصـــية

الوصية كسبب لكسب الملكية:

الوصية هي تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت، حيث يترتب عليها نقل ملكية مال معين على سبيل التبرع إلى الموصى له بعد وفاة الموصي.

وتعتبـــر الوصـــية سببًا من أسباب كسب الملكية والحقوق العينية الأخـــرى المتفرعة عنها. فيمكن للشخص أن يوصى على شيء يملكه لشـــخص آخر بحق انتفاع أو استعمال أو سكنى. ويجوز الإيصاء بهذا الحـــق لأشـــخاص متعاقبـــين إذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية، كما يجوز للحمل المستكن[1]. مؤدى ذلك أن هذه الحقوق تنشأ ابـــتداء عن طريق الوصية، ولكنها لا تنتقل بالوصية، لأن صاحب حق الانتفاع أو الاستعمال أو السكنى لا يستطيع أن يوصى بحقه للغير، لأن الحق ينتهي بموت صاحبه حتى قبل انقضاء الأجل المعين له[2].

ويمكن أيضًا الإيصاء بحق الحكر انتقالاً من صاحبه، حيث يجوز للمحتكـــر أن يتصـــرف في حقه، وينتقل هذا الحق بالميراث. ولكن لا يجـــوز الإيصاء بحق الحكر ابتداء في ظل القانون المدني الحالي، لأن هذا الحق لا يتقرر إلا على الأرض الموقوفة، والوقف باعتباره شخصًا معنويًا لا يتصور أن يصدر عنه تصرفًا مضافًا إلى ما بعد الموت.

ويمكـــن اكتساب حق الارتفاق بالوصية، وذلك إما بصفة أصلية، وإمـــا بصـــفة تبعية، فيجوز لمالك العقار أن يوصى بإنشاء حق ارتفاق عليه لشخص معين. ويمكن أن يوصى المالك بعقاره لآخر، ويكون لهذا

---

(١) م ٩٨٥ مدني.

(٢) انظر ما سبق ص ١٨١ .

العقار حق الاتفاق على عقار آخر، هنا ينتقل الارتفاق إلى الموصى له تبعًا لانتقال ملكية العقار[1].

ونعـــرض لدراسة الوصية من خلال مرحلتين، نتناول في الأولى الأحكام العامة للوصية، ثم نبين في الثانية التحايل على أحكام الوصية، وذلك من خلال مبادئ محكمة النقض.

---

(١) منصور مصطفى منصور ، ص ٤٨٧.

المبحث الأول
الأحكام العامة للوصية

(أ) القانون الواجب التطبيق:

تســرى على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فــي شــأنها(١). وتثور في هذا الصدد عدة مسائل تعرضت لها محكمة النقض في أكثر من مناسبة:

أولاً: سريان القانون من حيث الزمان: الوصية بطبيعتها تصرف مضــاف إلى ما بعد الموت فلا يكون لها وجود قانوني إلا بعد حصول الــوفاة وموت الموصى مصرًا عليها، وتكون محكومة بالقانون الساري وقت الوفاة لا وقت تحرير الوصية(٢).

---

(١) م ٩١٥ مدنى.

إذ كانــت الدعــوى قــد رفعت بطلب الحكم بثبوت وصحة ونفاذ الوصية الصادرة للمطعون ضدها من مورث الطاعنة، وكان الفصل فيها يتناول فصلاً عن ثبوت صحة صدور الوصية من الموصى مدى توافر أركان انعقادها وشروط صحتها ونفاذهــا فــي حــق الورثة طبقًا للأحكام المنصوص عليها في قانون الوصية الصــادر بــه القانــون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ وهو ما كان يدخل في اختصاص المحــاكم الشرعية، وكان الاختصاص بنظرها ينعقد ـ وفقا للقانون رقم ٤٦٢ لســنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والملية ـ للمحكمة الابتدائية فإنها تكون من الدعاوى التى أوجب المشرع على النيابة العامة أن تتدخل فيها بموجب نص المــادة الأولى من القانون رقم ٦٣٨ لسنة ١٩٥٥ ببعض الإجراءات في قضايا الأحوال الشخصية والوقف، وإذ رتب المشرع على عدم تدخل النيابة العامة في هــذه الــدعاوى بطلان الحكم وهو إجراء يتعلق بالنظام العام، وكان البين من مــدونات الحكــم المطعــون فيه أن النيابة العامة لم تتدخل في الدعوى إلى أن صدر فيها الحكم فإنه يقع باطلاً. (نقض ١٩٨١/٥/٢٦ س ٣٢ ص ١٦١٨)

(٢) وإذن فمتى كان المورث قد توفى في وقت سريان قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ تعــين خضــوع وصيته لحكم هذا القانون(نقض١٩٥٦/٢/٢٣س٧ص ٢٤٤).

ثانـــيًا: تـــنازع القوانـــين: يسرى على الميراث والوصية وسائر التصـــرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته. ومع ذلك يسرى على شكل الوصية قانـــون الموصـــى وقت الإيصاء أو قانون البلد الذى تمت فيه الوصية، وكذلك الحكم في شكل سائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت[1].

---

(١) م ١٧ مدنى.

أموال الشخص تؤول لغيره بوفاته بأحد طريقين، الميراث أو الوصية. وإذ يبين من الحكم المطعون فيه أن المحكمة قد استخلصت من المستندات المقدمة إليها وفى حـــدود ســـلطتها الموضـــوعية أن ملكية العقارات الكائنة بمصر قد انتقلت إلى الطاعنين بوفاة والدتهم بطريق الوصية الصادرة منها لا بالميراث وكان القانون الإنجليـــزى الذى يسرى على واقعة النزاع باعتباره قانون والدة الطاعنين التى صدرت منها الوصية، وذلك عملا بقاعدة الإسناد الواردة بالمادة ١٧ من القانون المدنى المصرى والذى يبيح حرية الإيصاء، فإن النعى على الحكم المطعون فيه بمخالفـــة القانون أو الخطأ في تطبيقه يكون على غير أساس. (نقض ٣١/١٢/١٩٧٤ س ٢٥ص ١٣٥٧)

أدخل المشرع المصرى الوصية ضمن نطاق مسائل الأحوال الشخصية ولما كانت قاعـــدة خضوع العقار لقانون الموقع إنما تنصرف إلى الأحكام المتعلقة بحيازته ومـــا يمكـــن أن يكتسب فيه من الحقوق العينية وطبيعة هذه الحقوق ونطاق كل منها وطرق اكتسابها وانقضائها وغيرها من الأحكام الخاصة بنظام الأموال في الدولـــة، ولا شأن لها بمسائل الأحوال الشخصية فإن وجود عقارات التركة التى خلفتها الموصية في مصر لا علاقة له بتوثيق الوصية في حد ذاتها.

النص في الفقرة الثانية من المادة ١٧ من القانون المدنى المصرى على أن "يسرى علـــى شكل الوصية قانون الموصى وقت الإيصاء أو قانون البلد الذى تمت فيه الوصـــية..." يدل على أن قاعدة قانون المحل يحكم شكل التصرف ليست قاعدة إلـــزامية في التشريع المصرى بل هى رخصة للموصى ابتغى بها التيسير عنه وتـــرك لـــه الخيرة فيجوز له أن يتخذ الوصية إما في الشكل المقرر في قانون الدولـــة التى ينتمى إليها بجنسيته وإما في الشكل المقرر في قانون البلد الذى تتم فـــيه الوصـــية ولما كان اختيار الموصية لأول الطريقين والتجاؤها إلى قنصل
=

ثالثًا: وصايا غير المسلمين: وصية غير المسلم ـــ كوصية المسلم ـــــ لا تصح إلا لموجود حقيقة أو حكمًا، ولاتجوز بأكثر من الثلث ولا تجوز لوارث إلا بإجازة باقى الورثة[1].

دولـــتها لتوثيق الوصية، من شأنه أن يجعل القانون الواجب التطبيق على شكل المحـــرر هـــو قانـــون ذلـــك القنصل طالما توافرت فيه الشرائط اللازمة لذلك الإجـــراء أخذا بقاعدة شكل المحرر يخضع لقانون من أجراه وهى قاعدة تسير جنـــبًا إلـــى جنب مع قاعدة شكل المحرر يخضع لقانون محل إبرامه وبمقتضاه يبـــرر الخروج على مبدأ الإقليمية في التوثيق مراعاة لحاجة المعاملات الدولية، ويلـــزم الموثـــق فـــي هذه الحالة باتباع الشكل الذى يقضى به قانون بلده وكان توثيق الوصية موضوع الدعوى بمعرفة القنصل لا يتعارض مع قانون التوثيق ولا مع معاهدة مونترو وإذ كان الخيار المخول للوصية في سلوك أحد الطريقين المشـــار إليهما لا يجعل الالتجاء إلى الشكل القنصلى منطويًا على مخالفة للنظام العـــام، فإن النعى على الحكم يكون ولا محل له. (نقض ١٩٧٤/١٢/٤ س ٢٥ ص ١٣٢٩)

الوصـــية بالمـــنافع جائـــزة فـــي الشريعة الإسلامية باتفاق الأئمة الأربعة، وتعتبر صحيحة وفقًا لأحكام القانون المدنى وقانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦، ولا يـــدخل في نطاق مخالفة النظام العام مجرد اختلاف أحكام القانون الأجنبى عن أحكام القانون الوطنى في تحديد القدر الذى تجوز فيه الوصية لغير المسلمين أو طريقة الانتفاع بالموصى به، أو ترتيب الموصى لهم بحق الانتفاع. (نقض ١٩/ ١٩٧٧/١ س ٢٨ ص ٢٧٦)

(١) نقض ١٩٣٤/٦/٢١ طعن رقم ٤٠ س ٣ق.

القاعـــدة في الشريعة الإسلامية التى تحكم النزاع قبل العمل بالقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ ـــ أن وصـــية غيـــر المسلم كوصية المسلم لا تجوز لوارث إلا بإيجاز باقـــى الـــورثة. فإذا قضى الحكم المطعون فيه بعدم نفاذ الوصية في حق من لم يجزها من الورثة فإنه يكون قد طبق القانون تطبيقًا صحيحًا.

قصـــرت المـــادة ٢١ مـــن الأمر العالى الصادر في أول مارس سنة ١٩٠٢ بشأن الإنجيليـــين الوطنيين ولاية المجلس الملى الإنجيلى في حالة الميراث الخالى من =

(ب) انعقاد الوصية وإثباتها:

تتم الوصية بالإرادة المنفردة للموصى وحده، ولا يلزم قبول الموصى له لانعقادها، غير أن هذا القبول يؤدى إلى لزوم الوصية، حيث تصبح لازمة بقبول الموصى لها، صراحة أو ضمنا، وذلك بعد وفاة الموصى.

وتقرر محكمة النقض بأن الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت ينشأ بإرادة منفردة تنعقد بتحقق وجود ما يدل عليها من تصرف أو التزام معين يترتب عليه تحمل تركته بعد وفاته بحق من الحقوق دون أن يشترط القانون في إيجابه ألفاظًا معينة يصح أن يكون الإفصاح عنه بكل صيغة تؤدى إلى مدلولها بغير شبهة(١).

الوصية على الحالة التى يتراضى فيها الورثة على الاحتكام إليه وهذا هو الحكم أيضًا في حالة الميراث الإيصائى لارتباط كل من النوعين أحدهما بالآخر.

متى كان الثابت من حكم المجلس الملى الإنجيلى الصادر في دعوى بطلب اعتماد وصيته أن المدعى عليها لم تقبل الاحتكام إلى المجلس ودفعت بعدم اختصاصه بنظر الدعوى إلا أنه رفض الدفع وحكم باعتماد الوصية فإن قضاءه هذا يكون قد صدر من جهة ليس لها ولاية الفصل في النزاع وبالتالى لا تكون له قوة الشيء المحكوم فيه ولا يصح الاحتجاج به لدى المحكمة ذات الولاية العامة وهى المحكمة الوطنية منذ إلغاء المحاكم الشرعية ابتداء من أول يناير سنة ١٩٥٦ بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥. (نقض ١٩٦٨/٢/٢٩ س ١٩ ص ٤٧٥).

(١) لما كان ذلك وكان النزاع على الملكية لا يقف عند حد تناول الدفوع الرامية إلى إنكار الملكية بل يكون على محكمة الموضوع أن تتناول الأسباب التى طرحت عليها لتقول كلمة الفصل في شأن ثبوت الملكية أو عدم ثبوتها، لما كان ذلك وكانت محكمة الموضوع بعد أن أعملت سلطتها في تفسير العقد، أسبغت عليه التكييف الصحيح باعتباره تصرفًا مضافًا إلى ما بعد الموت نشأ بإرادة المورث بألفاظ تدل على حقيقة مراده في الإيصاء وطرحت بذلك ما تمسكت به الطاعنة من أن التصرف بيع لخلوه من ركن الثمن وأضافته إلى ما بعد الموت =

وتقــرر بأن الوصية "تنعقد بالعبارة أو بالكتابة، فإذا كان الموصى عاجزًا عنهما، انعقدت الوصية بإشارته المفهمة"، أما الكتابة المنصوص عليها فهى مطلوبة لجواز سماع الدعوى بالوصية عند الإنكار، وليست ركــنا فــيها، فلــو أقر الورثة بالوصية أو وجهت إليهم اليمين فنكلوا، سمعت الدعوى وقضى بالوصية[1].

ورتبت على ذلك إعمال أثر الوصية في ثبوت الملكية بقدر الثلث، فإن الحكم لا يكــون قــد خالف القانون أو قضى بما لم يطلبه الخصوم وتكون أسباب الطعن على غير أساس. (الطعن ١٢٢٦ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٤/١٧).

(١) نقض ١٩٧٣/١١/٢١ س ٢٤ ص ١١١٩.

مؤدى نص المادة الثانية من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ أن المشرع فرق بــين انعقاد الوصية وبين شرط سماع الدعوى بها، فاعتبرها تصرفا ينشأ بإرادة منفــردة، وتــنعقد بتحقق وجود ما يدل على إرادة الشخص لتصرف أو التزام معــين يتــرتب عليه تحمل تركته بعد وفاته بحق من الحقوق. ولا يشترط في الإيجــاب ألفاظــا مخصوصة بل يصح بكل ما يفصح عنه، سواء كانت صيغته بالعــبارة الملفــوظة أو بالكتابة أو بالإشارة الدالة عليه. وما شرعه النص من وجــوب أن تــتخذ الوصية الواقعة بعد سنة ١٩١١ شكلاً معينًا بأن تحرر بها ورقــة رسمية أو تحرر بها ورقة عرفية مصدق فيها على إمضاء الموصى أو خــتمه، أو تحــرر بهــا ورقة عرفية مكتوبة كلها بخط الموصى وموقع عليها بإمضــائه، مطلوب لجواز سماع الدعوى بالوصية عند الإنكار، وليس ركنا في الوصية ولا صلة له بانعقادها(نقض ١٩٧٩/٣/٢١، س ٣٠ ع ١ ص ٨٩٧).

يشــترط ــ وعلــى مــا جرى به قضاء هذه المحكمة ــ أن يتضمن مسوغ سماع الدعــوى مــا ينبــئ عــن صــحتها، درءًا لافتراء الوصايا وتحرزًا من شبهة تزويرها، ومفاد تطلب أوراق رسمية تدل على الوصية كمسوغ لسماع الدعوى بها، يكفى فيه مجرد ذكرها عرضًا في محرر رسمي، أو الإشارة إلي وجودها في تحقيق رسمى أدلى فيه الموصى بقوله على يد موظف مختص أو نحو ذلك، ومن ثم فإنه لا يلزم وجود ورقة الوصية ذاتها حتى تسمع الدعوى. (نقض ٢١/ ١٩٧٩/٣ س ٣٠ ع١ ص ٨٩٧)

وتقــرر بأن المشرع أخذ بالرأى المعول عليه في المذهب الحنفى مــن أن وقــت قبول الموصى له الوصية إنما يجب أن يكون بعد وفاة الموصـــى حتـــى يثبت للموصى له الملك، وأن رد الوصية إنما يقتصر علـــى مـــا ردت فـــيه دون غيره من الأموال الموصى بها والتى قبلها الموصى له(1).

وتقرر بأنه تصح الوصية المضافة أو المعلقة بالشرط أو المقترنة به، وإن كان الشرط صحيحًا وجبت مراعاته مادامت المصلحة فيه قائمة ولا يراعـــى الشــرط إن كان غير صحيح أو زالت المصلحة المقصود

الشـــهادة الصادرة من واقع دفاتر الشهر العقارى. إيرادها إقرار الموصى بالإيصاء بثلث تركته وتوقيعه بالدفتر. صلاحيتها كمسوغ لسماع دعوى الوصية، كفايتها فـــي إثـــبات صحة صدور الوصية منه. (نقض ١٩٧٩/٣/٢١ س ٢٠ ع١ ص ٨٩٧)

الـــنص فـــي المادة ٩٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والمادة ٢/١ من قانون الوصـــية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ علىأنه لا يسمع عند الإنكار دعوى الوصية أو الـــرجوع عـــنها بعد وفاة الموصى في الحوادث الواقعة منذ سنة ١٩١١ إلا إذا وجـــدت أوراق رســـمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه كذلك تدل على ما ذكر" مؤداه أن الوصية إذا كانت غير منكورة سمعت الدعوى بها، والإنكار الذى عناه الشارع هو الإنكار المطلق سواء في مجلس القضاء أو قبل قـــيام الخصـــومة. فإذا أقر المدعى عليه بالوصية بكتابة عليها امضاؤه أو أمام قـــاض في مجلس قضاء قبل رفع الدعوى انتفى الإنكار وتعين سماعها. (نقض ١٩٧٠/١/٨ س ٢١ ص ٥٧).

إذا كـــان الحكم قد أثبت أن أحد الطاعنين في عقد قد أقر بصحة هذا العقد بتوقيعه محضر حصر تركة المورث المحرر على أساس هذا العقد فلا يكون له من بعد أن يطعن في هذا العقد حتى ولو فرض أنه وصية لأنه بتوقيعه محضر الحصر يكـــون قد أجازه. ويكون طعنه بالنقض في الحكم الصادر بصحة التصرف غير منتج. (جلسة ١٩٤٧/١/٢ طعن رقم ١٣٧ سنة ١٥ق)

(١) نقض ١٩٧٢/٢/١٥ س ٢٣ ص ١٧٦.

منه. والشرط الصحيح هو ما كان فيه مصلحة للموصى أو للموصى له أو لغيرهما ولم يكن منهيًا عنه ولا منافيًا لمقاصد الشريعة يدل ـــ وعلى ما جرى عليه به الرأى الراجح في مذهب الإمام أبى حنيفة ـــ أنه تجوز الوصية المعلقة بشرط يتوقف معه ثبوتها على تحققه، فإذا وجد الشرط كان للموصى له ما أوصى به وإلا فلا شيء، طالما كان الشرط صحيحًا تـــتحقق به مصلحة للموصى أو الموصى له أو لغيرهما، ولم يكن منهيًا عنه ولا منافيًا لمقاصد الشريعة ، لما كان ذلك وكان المراد بالشرط هو الأمر المستقبل غير محقق الوقوع، فإذا كان الأمر مستقبلاً ولكنه محقق الوقـــوع كالموت فإنه لا يكون شرطًا بل يكون أجلاً غير أن الموت قد يكـــون شرطا إذا اقترن بملابسات تجعله غير محقق الوقوع في نطاق هـــذه الملابســـات كما يشترط أن يتم في وقت أو مناسبة معينة، وكان المقـــرر في قضاء هذه المحكمة أن لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة فـــي تفســـير صيغ المحررات والشروط المختلف عليها بما تراه أوفى بمقصود المتعاقدين مستعينة في ذلك بجميع ظروف الدعوى وملابساتها، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك متى كان تفسيرها تحتمله عبارة هذه الشروط ولا خروج فيها على المعنى الظاهر لها(١).

---

(١) وكـــان الـــثابت مـــن الوصية المؤرخة ١٩٦٤/١/٢٥ أنه نص فيها على "لقد عـــزمت أنا ... بإذن الله ومشيئة الرحمن أن أكمل فريضة الله تعالى بحج بيت الله وزيـــارة الرســـول صـــلى الله عليه وسلم فإذا قضى أمر الله وأنا غائبة عن الـــوطن أستحلفكم بالله يا أولادى أن تقوموا بتنفيذ وصيتى وهى ... " فإن الحكم المطعـــون فـــيه إذ التـــزم المدلـــول الظاهر لعبارات هذه الوصية التى جاءت صـــريحة فـــي أن الموصية جعلت وصيتها معلقة على شرط موتها بعيدة عن أرض الـــوطن أثناء تأديتها فريضة الحج عام ١٩٦٤ ـــ لا يكون معيبًا بالخطأ فـــي تطبيق القانون والفساد في الاستدلال، ولا عليه إن هو لم يرد على القرائن غيـــر القانونـــية التى ساقها الطاعن استدلالاً على دعواه عن طريق الاستنباط ابـــتغاء الوصول إلى نتيجة أخرى غير تلك التى انتهى إليها الحكم، إذ في قيام الحقـــيقة التى اقتنع بها وأورد دليلها التحليل الضمنى لإطراح هذه القرائن، لما =

الوصية بالمنافع (الإيجار): الوصية بالمنافع جائزة في الشريعة الإسلامية باتفاق الأئمة الأربعة، وتعتبر صحيحة وفقا لأحكام القانون[1].

ولذلك قضت محكمة النقض بأن الوصية بطبيعتها تصرف مضاف لما بعد الموت فلا يكون لها وجود قانوني إلا بعد الوفاة وموت الموصي مصرًا عليها، فإذا ما انصبت على حق المستأجر في الإيجار فإنها لا تنتج أثرًا حال حياة الموصي ولا يترتب عليها استئثار الموصى له بهذا الحق أو انتزاعه العين المؤجرة من المستأجر الموصي حتى ولو لم يرجع في الوصية. وغني عن البيان أن وصية المستأجر للغير بالحق في إيجار المسكن بعد وفاته لا يعمل بها إذا ما تعارضت مع نصوص التشريعات الاستثنائية لإيجار الأماكن التي تتضمن القواعد المنظمة لامتداد الإيجار.

وعلى ذلك فإن الوصية الصادرة من المستأجرة بتنازلها عن العين المؤجرة لا تسري في حق المؤجر ما لم يقره كتابة[2].

كان ما تقدم وكانت مصلحة الوصية هي الشرط الذي علقت عليه وصيتها ظاهرة من عباراتها فإنها تكون صحيحة وفق ما نصت عليه المادة الرابعة سالفة البيان ومن ثم يكون هذا النعي برمته في غير محله.

إجازة المطعون عليهما الثالثة والرابعة للوصية المعلقة على شرط واقف لم يتحقق لا يعتد بها لأن تعليق الوصية مرجئ لسببيتها فإذا ما تخلف الشرط تصبح الوصية كأن لم تكن ومن ثم فلا تلحقها الإجازة باعتبار أنها لا ترد على معدوم، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإن النعي عليه بهذا السبب يكون في غير محله. (الطعن رقم ٢٠٥٧ لسنة ٥٢ق، جلسة ١٩٨٨/٢/٢٤)

(١) نقض ١٩٧٧/١/١٩ س ٢٨ ص ٢٧٦.

(٢) نقض ١٩٧٨/١٢/١٣ س ٢٩ ص ١٩٢٠. انظر مؤلفنا في قانون الإيجار، الإسكندرية، ١٩٩٥.

(ج) مقدار الوصـــــية:

يجوز للشخص أن يوصى في ماله في حدود ثلث التركة، ومن ثم لا تـــنفذ الوصية في حق الورثة إلا في حدود الثلث، وما زاد على ذلك يتوقف على إجازة الورثة.

وتعبـــر محكمة عن النقض عن ذلك: "أن الوصية لا تنفذ من غير إجـــازة الورثة إلا في حدود ثلث تركة الموصى بعد سداد جميع ديونه فإن مناط القضاء بعدم نفاذ الوصية فيما يزيد عن هذا القدر أن تستظهر المحكمة عناصر التركة وتقدر صافى قيمتها ـــ وقت القسمة والقبض ـــ ومقـــدار الثلث الذى يخرج منه الوصية عندئذ على النحو الذى يتطلبه القانـــون، وأن يثبت لها من ذلك زيادة قيمة الموصى به عن هذا الثلث ويـــتحقق من عدم إجازة الورثة للوصية في خصوص هذه الزيادة فإذا تحجـــب الحكم عن استيفاء هذه الشروط كان قضاؤه قاصرًا مخطئًا في تطبيق القانون وإذا كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى عدم نفاذ الوصية فيما زاد عن الثلث دون أن يستظهر توافر الشروط المشار إلـــيـــها فإنـــــه يكـــون قد أخطأ في تطبيق القانون وشابه قصور في التسبيب"[1].

وقضت بأن الوصية تنفذ قانونًا بغير توقف على إجازة الورثة ليس فـــي حدود ثلث المال الموصى به وحده بل تنفذه بالنسبة لهذا المال في حدود ثلث قيمة التركة كلها[2].

تعـــدد الوصـــــــايا: فـــإن تعددت الأموال الموصى بها ـــ بعمل قانونـــي واحـــد أو أكثـــر ـــ وجـــاوزت قيمتها ثلث التركة فإنها تنفذ بالمخاصـــة بنسبة قيمة كل مال منها إلى قيمة ثلث التركة، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه بعد أن اعتبر التصرفات الصادرة من المورث

---

(١) الطعن رقم ١٢٥٢ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٩١/١٢/١.

(٢) نقض ١٩٨٤/١/٥ س ٣٥ ص ١٤٦.

للطاعـــنة وصية قصر نفاذها على قدر الثلث من كل منها رغم ما هو ثابت من أن التركة تشمل أعيانا أخرى يكون قد أخطأ في تطبيق القانون مما يوجب نقضه في هذا الخصوص[1].

إجــازة بعــض الـــورثة للزيادة في الوصية: إجازة بعض الورثة للوصية فيما جاوز الثلث يترتب عليه احتساب نصيبهم الميراثى منسوبًا إلى ما جاوز الثلث في العقار المتصرف فيه وليس إلى باقى التركة[2].

الوصـــية لا تنفذ فيما زاد عن قيمة ثلث التركة إذا لم يجز الورثة هـــذه الـــزيادة فـــإذا تعددت الأموال الموصى بها وجاوزت قيمتها ثلث التـــركة فإنهـــا تنفذ بالمحاصة بنسبة قيمة كل مال منها إلى قيمة ثلث التركة[3].

---

(١) الطعن ١٨٢ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٥/١١/٢٤.

(٢) نقض ١٩٧٨/٥/٢٥ س ٢٩ ص ١٣٣٧.

(٣) نقض ١٩٨٥/١/٣ س ٣٦ ص ٧٣.

مفـــاد الـــنص فـــي المادة ٣٧ من المقرر رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بشأن الوصية أن المشرع جعل ثلث تركة المتوفى حد أقصى لنفاذ وصاياه دون حاجة إلى إجازة الورثة بحيث إذا لم يجيزوا الزيادة خلص لهم الثلثان الباقيان فلا تنفذ في حقهما هذه الزيادة مما يقتضى ــ في حالة تعدد الوصايا ــ تحديد قيمتها جملة لمعرفة ما إذا كان هذا الثلث يتسع لها فتنفذ جميعًا دون حاجة إلى إجازة وإلا قسم الثلث بين أصحاب الوصايا بالمحاصة.

يـــدل النص في المادة ٦٥ من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بشأن الوصية على أنه إذا كانـــت الوصية بالمرتب من غلة عين من أعيان التركة مؤقتة ــ ومن ذلك مـــدى حياة شخص ــ فإن الطريق الذى حدده القانون في تقديرها هو أن تقدر هـــذه العـــين خالية من المرتب المحملة به بمقتضى الوصية وتقدير قيمتها وقد تعلـــق بها حق الموصى له بذلك المرتب، والفرق بين القيمتين يكون هو مقدار الموصى به. (نقض ١٩٨١/٤/٢٣ س ٣٢ ص ١٢٢٣)

وقــت تقدير الثلث: لم يتعرض القانون صراحة للوقت الذى تقوم فــيه التــركة ويتحدد ثلثها ــ وإذ ورد في المذكرة الإيضاحية بأنه في الأحوال التى لا يوجد لها حكم تطبق المحاكم القول الأرجح من مذهب أبـــى حنيفة ولما كان الراجح في هذا المذهب هو أن يكون تقدير الثلث الذى تخرج منه الوصية بقيمته وقت القسمة والقبض لأنه وقت استقرار الملــك وتنفيذ الوصية واعطاء كل ذى حق حقه وحتى لا يكون هناك غبن على أى واحد من الورثة أو الموصى له فيما يعطاه، ورتبوا على ذلك أن كل ما يحدث في الفترة ما بين وفاة الموصى والقسمة من نقص في قيمة التركة أو هلاك في بعض أعيانها يكون على الورثة والموصى له وكل زيادة تطرأ على التركة في هذه الفترة تكون للجميع[1].

---

(1) الطعن رقم ١٥٥٣ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٧/١١/٢٥.

لــئن كـــان الحنفية قد أجمعوا على أن الوصية لغير وارث لا تنفذ من غير إجازة الـــورثة إلا فـــي حـــدود ثلثـــى التركة بعد سداد ما تحمله من ديون وعلى أن الموصـــى له يتملك الموصى به من وقت القبول مستندًا إلى وقت وفاة الموصى مما يستلزم في البادى الظاهر أن تكون العبرة في تحديد قيمة الثلث الذى تخرج منه الوصية هى بقيمته وقت وفاة الموصى وهو ما ورد في بعض كتب الحنفية دون تقييد له ــ إلا أن الراجح عندهم هو أن يكون تقدير الثلث الذى تخرج منه الوصية بقيمته وقت القسمة والقبض لأنه هو وقت استقرار الملك وتنفيذ الوصية واعطـــاء كل ذى حق حقه وحتى لا يكون هناك غبن على أى واحد من الورثة أو الموصـــى له فيما يعطاه ورتبوا على ذلك أن كل ما يحدث في الفترة ما بين وفـــاة الموصـــى والقسمة من نقص في قيمة التركة أو هلاك في بعض أعيانها يكـــون علـــى الورثة والموصى له وكل زيادة تطرأ على التركة في هذه الفترة تكـــون للجمـــيع. ولا يغير من هذا النظر أن تكون الوصية بنقود مرسلة مطلقة غير مقيدة بعين من أعيان التركة ذلك أن حق الموصى له ــ بمثل هذه الوصية ــ يتعلق بجميع التركة ويكون ثلثها على الشيوع محلاً للتنفيذ والعبرة في تقدير الـــثلث فـــي هذا النوع من الوصايا هى أيضًا بقيمة الثلث عند القسمة والتنفيذ. (نقض ١٩٦٧/١١/٣٠ س ١٨ ص ١٧٦٨)

(د) الرجـــوع في الوصـــية:

تقـــرر محكمة النقض بأن الوصية لا تكون لازمة إلا بالقبول بعد وفاة الموصى وأن من حقه الرجوع فيها كلها أو بعضها حال حياته لأنه لم يترتب عليها أثناءها أى حق، وإذا كان الرجوع يصح بالقول الصريح فهـــو يصح بكل فعل يدل عليه فيصح بكل تصرف من شأنه أن يخرج العـــين الموصـــى بها من ملك الموصى أو يجعل الجمع بين التصرف والوصية غير ممكن لأن ذات الإقدام على التصرف قرينة قاطعة على الرجوع وبالرجوع تنقض الوصية[1].

وقضـــت بأن الوصية بحسب الأصل تصرف غير لازم لا تنفذ إلا بعـــد الـــوفاة ولا يتـــرتب عليها أى حق قبلها، فيجوز من ثم للموصى الـــرجوع صـــراحة أو دلالـــة عنها كلها أو بعضها ما دام أن الرجوع الصحيح يكون بأى عبارة ينطقها الموصى أو يكتبها تدل بوضوح على أنه غير راغب في الإبقاء على الوصية، وهو وحده الذى شرط المشرع لســـماع الدعـــوى بـــه ثبوته بورقة رسمية أو عرفية كتبت كلها بخط المتوفـــى وعلـــيها امضاؤه أو مصدق علي توقيعه عليها في الحوادث الـــواقعة مـــن سنة ١٩١١ الميلادية، لأن الموصى إنما يقصد الرجوع ابتداء ويسعى إليه مما يحفزه إلى تحرير سند بإثباته، أما الرجوع دلالة فيصـــح بأى فعل أو تصرف يصدر من الموصى بعد الوصية ينبئ عنه وتقوم القرينة أو العرف على أنه أراد بالفعل نقض الوصية أو يتضمن الفعل من تلقاء نفسه نقضها، ولا يحتاج في إثباته بعد وفاة الموصى إلى ما يحفزه في الرجوع الصريح لأنه ينصب على حوادث مادية لاحصر لها يجوز إثباتها بكافة سبل الإثبات[2].

وقضت بأن وجود الموصى به المعين في ملكية الموصى يجب أن يستمر من وقت صدور الوصية إلى وقت قبولها، لأن الوصية عقد غير

---

(١) الطعن رقم ١٧٦٨ س ٤٩ق جلسة ١٩٨٤/٦/٢١.

(٢) نقض ١٩٧٧/٢/٢٣ س ٢٨ ص ٥٦٣.

لازم، فمـــا يكون شرطًا لإنشائه، يكون شرطًا لبقائه، حتى يتقرر ويلزم بالقـــبول بعـــد الـــوفاة، فإذا تصرف الموصى حال حياته في بعض ما أوصـــى به، كان ذلك منه رجوعًا عن بعض الوصية، فلا تنفذ إلا فيما تبقى مما أوصى به من مال[1].

(هـ) وقت انتقال الملكية للموصى له:

تثـبت ملكـية المـال الموصـى به للموصى له من وقت موت الموصـى، وإذا كـان الموصى له موجودًا عند موت الموصى استحق المال من حين الموت، ما لم يفد نص الوصية ثبوت الاستحقاق في وقت معين بعد الموت[2].

وإذا تعلقت الوصية بحق عينى على عقار، فإن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل كما سنرى.

ويتـرتب على ذلك أيضًا أن ثمار المال الموصى به ونمائه تكون للموصـى له من وقت الوفاة، لا باعتبارها وصية، ومن ثم لا تدخل في حسـاب تقديـر قيمة الوصية في حدود ثلث التركة. وعلى الموصى له

---

(1) نقض ١٩٧٦/٥/٢٧ س ٢٧ ص ١٢١٥.

متـى كان الثابت من الأوراق أن الطاعن لم يتمسك أمام محكمة الموضوع برجوع الموصـية في الوصية التى سترها عقد النزاع بالوصية الرسمية اللاحقة، ومن ثـم لا يقبل منه التحدي بهذا الدفاع لأول مرة أمام محكمة النقض، ولا يغير من هذا قول الطاعن بأن عناصر الرجوع كانت مطروحة على محكمة الموضوع، ذلـك أن تكيـيف التصـرف وإن كان من مسائل القانون، إلا أنه يستلزم بداءة تمحـيص عناصره وأركانه واستخلاص نية المتعاقدين فيه، مما يتصل بعناصر الدعوى التى يتعين طرحها تحت نظر محكمة الموضوع عند الحكم في الدعوى حتى يتسنى لها تحقيقها وتقديرها. (نقض ١٩٨١/٤/٧ س ٣٢ ص ١٠٧٨)

(2) م ١/٢٥ من قانون الوصية.

نفقـــة المـــال في تلك المدة. وإذا تأخر الورثة في تسليم المال، التزموا بفوائد التأخير من تاريخ المطالبة القضائية(١).

ويترتب على ذلك التزام الورثة بتنفيذ الوصية وعدم التصرف في المال الموصى به لأنه ملك للموصى له بوفاة الموصى. وتقرر محكمة الـــنقض ذلـــك بقولها: "متى كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن الوصـــية استكملت أركانها القانونية، فإنه لم يكن بحاجة للرد على دفاع الطاعـــنة بـــأن الوصية لم تنفذ وعدل عنها الورثة بعد وفاة الموصى، واســـتدلالها علـــى هذا الدفاع بأن شقيق المورث ــ الوارث الآخر مع الطاعـــنة ــ تصرف في نصيبه في القدر الموصى به، إلى أولاده، ذلك

---

(١) إذا كـــان المبلغ الموصى به يستحق على التركة من تاريخ وفاة الموصى وينفذ فـــي ثلث مالها، فإن الوارث الذى يتأخر في الوفاء به للموصى له يكون ملزمًا بهـــذه الصـــفة ــ مـــن مـــال التركة ــ بفوائد التأخير عنه من تاريخ المطالبة الرســـمية (م ١٢٤ من القانون المدنى القديم) ولا يمنع من ذلك أن تكون التركة التـــى ينفذ المبلغ المحكوم به من ثلثها غير معلومة المقدار على وجه قاطع لأن الفـــوائد مرتبطة بمقدار ما ينفذ من هذا المبلغ في ثلث التركة وتلتزم بها التركة ولـــو جـــاوزت بإضافتها إلى مبلغ الوصية هذا الثلث إذ تعد الفوائد في ــ هذه الصـــورة ــ تعويضـــا عن عدم الوفاء بالمبلغ الموصى به والذى استحق فعلاً للموصى له بوفاة الموصى. (نقض ١٩٦٢/٦/٢١ س ١٣ ص ٨٣٧)

متى صحت الوصية وأصبح المبلغ الموصى به حقًا على التركة فإن أحكام كل من المادتين ١٢٤ من القانون المدنى القديم و ٢٢٦ من القانون المدنى الحديث هى التـــى تطبق على فوائد التأخير عن المبلغ الموصى به من يوم المطالبة الرسمية دون الـــرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية في ذلك، ومن ثم فالحكم المطعون فيه إذ أجرى على المبلغ المقضى به كوصية، الفوائد الاتفاقية يكون قد أخطأ تطبيق القانـــون إذ لا محل لإعمال الفائدة المتفق عليها بالسندات موضوع الدعوى بعد أن اعتبـــرها الحكـــم الاستئنافى وصية لا قرضًا. (نقض ١٩٦٢/٦/٢١ س ١٣ ص ٨٣٧)

أن القانـــون يخـــول منفذ الوصية أن يطلب إبطال هذا التصرف، لأن الوصية تلزم الوارث إذا توفى الموصى مصـــرًا عليها[١].

(و) تسجيل الوصية العقارية:

مـــن المقـــرر أنه ينبغى الشهر بطريق التسجيل لجميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية أو نقله أو تغييره أو زواله. ويترتب على عدم التسجيل أن تلك الحقوق لا تنشأ ولا تنتقل ولا تزول، لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة لغيرهم، ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن[٢].

وينطـــبق ذلـــك علـــى الوصية بحق عينى عقارى. ومن ثم فإن الموصـــى قد يقوم بتسجيل الوصية حال حياته، فإذا مات مصرًا عليها انـــتقلت ملكية العقار إلى الموصى له بمجرد الوفاة. وإذا رجع الموصى عـــن الوصية بعد تسجيلها وجب التأشير بالرجوع على هامش تسجيل الوصية.

ويســـتطيع الموصى له تسجيل الوصية بعد وفاة الموصى. ويسهل تســـجيل الوصية الثابتة بورقة رسمية أو ورقة عرفية تم التصديق فيها علـــى توقيع الموصى. وفى غير ذلك يجب الحصول على إقرار الورثة بالوصـــية مـــع التصـــديق على توقيعاتهم فيه، عندئذ يمكن تسجيل هذا الإقـــرار. وفى حالة النزاع يتعين على الموصى له اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم بصحة ونفاذ الوصية وتسجيله.

مؤدى ذلك أن الوصية غير المسجلة لا تنقل ملكية العقار الموصى به أو الحق العينى العقارى إلا من وقت التسجيل، ولكن الورثة يلتزمون

---

(١) نقض ١٩٧٣/١١/٢١ س ٢٤ ص ١١١٩.

(٢) م ٩ من قانون الشهر العقارى.

بتسليم المال الموصى به إلى الموصى له حيث يثبت له الحق في ثماره ونمائه من وقت وفاة الموصى.

وتعبر محكمة النقض عن ذلك بقولها: "المقرر أن الملكية لا تنتقل إلى الموصى له إلا بالتسجيل إلا أن الوصية غير المسجلة بمجرد وفاة الموصى ترتب في ذمة الورثة باعتبارهم ممثلين للتركة التزامات شخصية منها التزامهم بتسليم العقار الموصى به والتزامهم بعدم تعرضهم له فيه ومن مقتضى ذلك بقاء العقار الموصى به فيما ينفذ من الوصية دون حاجة إلى إجازة الورثة في يد الموصى له إذا كان تحت يده من قبل فلا يحكم بتسليمه لهم ولا يجوز للوارث ادعاء ملكيته، وأن تراخي نقل ملكية العقار الموصى به إيصاءً صحيحًا ونافذا إلى ما بعد تسجيل الوصية لا يحول دون تمسك الموصى له الذى قبل الوصية ولم يردها بالالتزامات الشخصية المترتبة عليها قبل الورثة[1].

(ز) تأثر الوصية بديون الموصى:

إن الموصى له يعتبر خلفًا للموصى بعد وفاته، وهو قد يكون خلفًا عامًا إذا تمثلت الوصية في حصة من مجموع التركة، وقد يكون خلفا خاصًا إذا انصبت الوصية على مال معين.

إذا كان الموصى له خلفًا عامًا للموصى، فإن مركزه يماثل مركز الوارث، فيما يتعلق بديون التركة، حيث لا يكون مسئولاً عن ديون الموصى إلا في حدود ما يستحقه من أموال التركة[2].

أما إذا كان الموصى له خلفًا خاصًا للموصى، فإن الحكم يختلف بحسب ما إذا كانت التركة موسرة أم معسرة. فبالنسبة للتركة المعسرة

---

(١) نقض ١٩٨٣/٢/٢٧ س٢٤ ص ٥٥٥.

وانظر في حكم تصرف الورثة في العقار والمفاضلة بين الموصى له والغير ما سبق ص

(٢) انظر في ذلك ما سبق ص ٣٠٢.

ســيتم الــوفاء بالديــون حيث تستغرق كل الأموال بما في ذلك المال الموصى به ولن يحصل الموصى له على شيء.

وفــى حالــة التركة الموسرة يستوفى الدائنون حقوقهم من أموال المتوفــى بعــيدًا عــن الشيء الموصى به. وإذا نفذ الدائنون على ذلك الشيء نتيجة الجهل بوجود الوصية، أو نتيجة إثقال هذا الشيء من قبل بحق عينى تبعى كالرهن والاختصاص والامتياز، فإن حق الموصى له يظــل قائمًا، حيث يجوز له الحصول على قيمة الشيء الموصى به من الباقى من أموال التركة بعد سداد ديونها، بشرط ألا تزيد هذه القيمة عن ثلث الباقى من التركة بعد الديون[١].

---

(١) م ٢٩ من قانون الوصية.

المبحث الثاني
التحايل على أحكام الوصية

قيد المشرع الوصية في حدود ثلث التركة. يحاول البعض الخروج على هذا التحديد عن طريق إعطاء الوصية وصفا آخر يأخذ مظهر التصرفات المنجزة حال الحياة. ومن ثم لا تخضع للتحديد ولا يستطيع الورثة الاعتراض عليها. فمن المقرر طبقا لقضاء النقض أن التصرفات المنجزة الصادرة من شخص كامل الأهلية في حال صحته تكون صحيحة ولو كان يترتب عليها في المستقبل حرمان بعض ورثته أو تعديل أنصبتهم في الميراث لأن التوريث لا يقوم إلا على ما يخلفه المورث وقت وفاته أما ما يكون قد خرج من ملكه حال حياته فلا حق للورثة فيه[1].

ولكن المشرع لا يقر هذا التحايل المقصود به الخروج على أحكام الوصية، فأجاز للورثة إثبات حقيقة التصرف، ووضع قرينتين على اعتبار بعض تصرفات المورث المنجزة في حكم الوصية المضافة إلى ما بعد الموت، وذلك في حالتى التصرف في مرض الموت، والتصرف مع الاحتفاظ بحيازة العين.

المطلب الأول
إثبات الوارث حقيقة التصرف

(أ) اعتبار الوارث من الغير:

استقر قضاء محكمة النقض على أن الوارث لا يعتبر من الغير بالنسبة إلى التصرف الصادر من مورثه بل يكون تصرف المورث حجة على الوارث وعلى ورثته من بعده ولو لم يكن تاريخه ثابتا ثبوتا رسميا، ولكن إذا كان الورثة يطعنون في التصرف بأنه صدر احتيالاً

---

(١) نقض ١٩٦٨/١١/٢٤ س ١٩ ص ١٣٦٢.

على القانون فأرخ تأريخًا غير صحيح كان لهم أن يثبتوا بأى طريق من طرق الإثبات عدم صحة تاريخه[1].

• لا يعتبـــر الوارث قائمًا مقام المورث في صدد حجية التصرف الـــذى صـــدر منه لأحد الورثة إلا في حالة خلو هذا التصرف من كل طعن. فإذا كان التصرف يمس حق وارث في التركة عن طريق الغش والتدلـــيس والتحايل على مخالفة أحكام الإرث فلا يكون الوارث ممثلاً للمـــورث بل يعتبر من الأغيار ويباح له الطعن على التصرف وإثبات صحة طعنه بكافة الطرق[2].

• الـــوارث لا يعتبر في حكم الغير بالنسبة للتصرف الصادر من المـــورث إلا إذا كـــان طعـــنه على هذا التصرف هو أنه وإن كان في ظاهـــره بـــيعًا منجزًا إلا أنه في حقيقته يخفى وصية إضرارًا بحقه في الميـــراث أو أنه صدر في مرض موت المورث فيعتبر إذ ذاك في حكم الوصـــية لأنـــه فـــي هاتين الصورتين يستمد الوارث حقه من القانون مباشـــرة حمايـــة له من تصرفات مورثه التى قصد بها الاحتيال على قـــواعد الإرث التى تعتبر من النظام العام. أما إذا كان مبني الطعن في العقـــد أنـــه صورى صورية مطلقة وأن علة تلك الصورية ليست هى الاحتـــيال على قواعد الإرث فإن حق الوارث في الطعن في التصرف في هذه الحالة إنما يستمده من مورثه لا من القانون ومن ثم لا يجوز له إثبات طعنه إلا بما كان يجوز لمورثه من طريق الإثبات[3].

---

(١) نقض ١٩٤٩/٢/٣ طعن رقم ١٠٩ س ١٧ق.

حسن كيره، ص ٣٤٧.

(٢) نقض ١٩٣٧/٤/١٥ طعن رقم ٨٥ سنة ٦ق.

(٣) وإذن فمتـــى كان الواقع هو أن المطعون عليهم رفعوا الدعوى يطلبون الحكم بتثبـــيت ملكيـــتهم إلى حصتهم الشرعية في تركة مورثهم فتمسك الطاعن بأنه اشـــترى من والده المورث جزءًا من الأطيان فطعن بعض الورثة في عقد البيع =

• أحكـــام الإرث وتعيـــين نصيب كل وارث في التركة من النظام العـــام وكل تحايل على مخالفة هذه الأحكام باطل بطلانًا مطلقًا ومن ثم فلا يسرى على هذا البطلان التقادم المنصوص عليه في المادة ١٤٠ من القانـــون المدنـــي. ولا يقـــدح في ذلك القول بأن اعتبار البطلان مطلقا يتنافـــى مـــع إمكان إجازة التصرف من الورثة ذلك أنه ليس للورثة أن يجيـــزوا التصـــرف باعتـــباره بيعًا وإنما لهم أن يجيزوه على الاعتبار الصحيح بوصفه وصية وفى هذه الحالة تجرى عليه أحكام الوصية التى يجيزها الورثة[1].

• الأصل في إقرارات المورث أنها تعتبر صحيحة وملزمة لورثته حتـــى يقـــيموا الدلـــيل على عدم صحتها وإذا كان القانون قد أعفى من يضـــار مـــن الورثة بهذه الإقرارات من الدليل الكتابى في حالة ما إذا طعـــنوا في التصرف بأنه في حقيقته وصية وأنه قصد به الاحتيال على أحكـــام الإرث فليس معنى هذا أن مجرد طعنهم فيه يكفى لإهدار حجية هـــذه الإقرارات بل يجب لذلك أن يقيموا الدليل على عدم صحتها بأى

بالصورية استنادًا إلى أن الطاعن كان قد استصدره من والده لمناسبة مصاهرته أســـرة طلبت إليه أن يقدم الدليل على كفايته المالية، وطلبوا إحالة الدعوى على التحقـــيق لإثبات ذلك بأى طريق من طرق الإثبات بما فيها البينة فنازع الطاعن فـــي جـــواز الإثـــبات بهذا الطريق، وكان الحكم إذ قضى بإحالة الدعوى على التحقيق لإثبات ما نعاه المطعون عليهم على العقد بأى طريق من طرق الإثبات قد أقام قضاءه على أنهم يعتبرون من الأغيار أيًا كان الطعن الذى يأخذونه على التصـــرف الصادر من مورثهم للطاعن – فإن الحكم إذ أطلق للمطعون عليهم حـــق إثبات مطاعنهم على هذا التصرف في حين أن علة الصورية إنما كانت إعطـــاء الطـــاعن مظاهر الثراء ليتيسر زواجه بإحدى العقيلات يكون قد خالف قواعد الإثبات. (جلسة ١٩٥٠/١٢/٣١ طعن رقم ٨٧ سنة ١٩ق)

(١) نقض ١٩٦٤/١/٩ س ١٥ ص ٤٣.

طـــريق مـــن طـــرق الإثبات فإن عجزوا بقيت لهذه الإقرارات حجيتها عليهم[1].

(1) نقض ١٩٦٥/٢/٩ س ١٦ ص ١٢٣٥.

الـــوارث الـــذى يطعـــن على تصرف صادر من مورثه في صورة بيع منجز بأن حقيقته وصية، وأنه قصد به الاحتيال على قواعد الإرث المقررة شرعًا إضرارًا بحقـــه يجوز له إثبات طعنه بكافة طرق الإثبات لأن الوارث لا يستمد حقه في الطعـــن في هذه الحالة من المورث وإنما من القانون مباشرة ويعتبر من الغير فيما يختص بهذا التصرف. (نقض ١٩٧٣/٢/١٧ س ٢٤ ص ٢٦٥)

حـــق الوارث في الطعن في تصرف المورث بأنه في حقيقته وصية لا بيع وأنه قد قصـــد بـــه الـــتحايل على أحكام الإرث المقررة شرعًا، حق خاص به مصدره القانـــون ولـــيس حقًا يتلقاه عن مورثه وإن كان هذا الحق لا ينشأ إلا بعد وفاة المـــورث ومن ثم فلا يكون الحكم الصادر قبل المورث بصحة التصرف بالبيع حجـــة عليه إذ يعد الوارث في حكم الغير فيما يختص بتصرفات مورثه الضارة به والماسة بحقه في الإرث. (نقض ١٩٦٢/٦/٢١ س ١٣ ص ١٢٤)

إذا كـــان النـــزاع علـــى تعرف النية الحقيقية للمتعاقدين قائمًا بين أجنبى عن العقد وطـــرفيه أو بيـــنه هو وأحدهما فللأجنبى أن يثبت بجميع الطرق هذه النية دون تقـــيد بألفـــاظ العقـــد وعباراته مهما كانت صراحتها. فإذا طعن أحد الورثة في تصـــرف صـــادر من مورثهم بأنه وصية في الواقع، لا بيع كما هو مذكور في العقـــد فهذا الوارث، وهو من طبقة الغير فيما يختص بها التصرف له أن يثبت بكافـــة طرق الإثبات أن نية المورث لم تكن الإيصاء وأن البيع الذى نص عليه العقد لم يكن في الواقع منجزًا بل مضافا إلي ما بعد الموت. والحكم الذى يجيز ذلك متعللاً بصراحة ألفاظ العقد يكون مخالفا للقانون متعينًا نقضه. (جلسة ١١/ ١٩٣٧/١١ طعن رقم ٢٧ سنة ٧ق)

متـــى كان الطاعن وهو وارث للمتصرف قد طعن في التصرفات موضوع عقدى البيع بأنها وإن كانت في ظاهرها بيوعًا منجزة إلا أنها في حقيقتها تستر تبرعًا مضـــافا فـــيه التملـــيك إلى ما بعد موت المتصرف فيجرى عليها حكم الوصية ورتـــب على ذلك أن التصرف الصادر من المورث لابنتيه وهما من ورثته لا يـــنفذ حســـب أحكـــام الوصية (قبل القانون ٧١ لسنة ١٩٤٦) إلا بإجازة باقى =

(ب) سلطة المحكمة في الكشف عن حقيقة التصرف:

• لمحكمة الموضوع السلطة في تفسير العقود بما تراه أدنى إلى ما نــواه العاقــدان بــناء على ما تستخلصه من مجموع ظروف الدعوى وملابســاتها. فــإذا هــي اعتبرت العقد موضوع الدعوى ساترًا لتبرع مضاف إلى ما بعد الموت، معتمدة في ذلك على القرائن التى ثبتت لديها مــن بقــاء العقــد في حيازة المورث وبين أوراقه بغير تسجيل إلى أن توفــى، وعــدم تسجيله بعد ذلك لمدة تقرب من الخمس سنوات، وبقاء المورث متمتعًا بكافة مظاهر الملكية للأعيان موضوع العقد من تأجيرها باسمه وبوصفه مالكًا لها والتقاضى بشأنها بوصفه مالكًا لها أيضًا ودفع الديون العقارية المطلوبة عليها، ثم على ما استبانته من فقر المتصرف له، إلى غير ذلك من القرائن، فلا تجوز إثارة الجدل في هذا الشأن أمام

الــورثة وأنــه مــا دام لــم يجزه فإن هذا التصرف يكون باطلاً وأن التصرف موضــوع العقــد الآخــر الصــادر من المورث إلى أحفاده لا ينفذ إلا في ثلث التــركة، فــإن ابداء الطاعن طعنه في العقدين على هذه الصورة يتضمن بذاته الطعــن فيهما بأنه قصد بهما الإضرار بحقه في الميراث ويكشف عن أنه يريد بهــذا الطعــن الزود عن حقه هذا ولا حاجة به لأن يصرح بوقوع هذا الضرر لأنه لاحق به حتمًا في حالة ما إذا اعتبر التصرف بيعًا أخذًا بظاهر العقدين لما يتــرتب علــى ذلــك مــن نفاذ التصرف بأكمله بغير توقف على إجازة ورثة المتصــرف، في حين أنه لو اعتبر وصية فإنه لا ينفذ إلا في الحدود المعينة في أحكام الوصية، وإذا كان للوارث أن يثبت طعنه في التصرف بأنه يخفى وصية بكافة طرق الإثبات ومن بينها القرائن، فإن الحكم المطعون فيه إذا حجب نفسه عــن بحــث القرائن التى ساقها الطاعن للتدليل على صحة طعنه ولم يقل كلمته فــيها بحجــة أن الإثــبات بالقرائن غير جائز للطاعن، فإن الحكم يكون مخالفًا للقانون. (نقض ١٩٦٤/٣/٥ س١٤ ص ٤٣)

محكمة النقض مادام ما قالته من كل ذلك يؤدى إلى النتيجة التى انتهت إليها[1].

• لا تثـريب على محكمة الموضوع إن هى استخلصت ـ ضمن الأدلة التى اعتمدت عليها ـ نية الإيصاء من تصرفات المورث الأخرى بما لها من سلطة موضوعية في استنباط القرائن التى تأخذ بها من وقت وقائع الدعوى والأوراق المقدمة فيها[2].

• إذا كان الحكم باعتبار عقد البيع ساترًا لوصية قد أقيم على جملة قـرائن مجتمعة ومتساندة بحيث لا يظهر أثر كل واحدة منها على حدة فـي تكوين عقيدة المحكمة ثم تبين أن استناده إلى ثلاث قرائن منها ما كـان معيبًا فإن ذلك يقتضى نقضه، إذ لا يعرف ماذا يكون قضاؤه مع إسقاط هذه القرائن من التقدير[3].

• متى كان لم يُتمسك أمام محكمة الموضوع بأن التصرف الصادر من المورث إلى ورثته كان في حقيقته وصية مستورة في عقد بيع فإنه لا يقبل التحدى بهذا الدفاع لأول مرة أمام محكمة النقض. ولا يغير من ذلـك القول بأن تكييف التصرف بحسب وصفه القانونى هو من مسائل القانون ما دام أن الوصف الذى يضفيه القانون على التصرف لا يستبين إلا بتحقـيق عناصره وأركانه واستخلاص نية المتعاقدين فيه وهو مما يتصل بوقائع الدعوى التى يجب أن يطرحها الخصم على المحكمة[4].

---

(١) نقض ١٩٤٣/١٢/١٦ طعن رقم ٥١ سنة ١٣ق.

(٢) نقض ١٩٧٠/٦/١٦ س ٢١ ص ١٠٦١.

(٣) نقض ١٩٦٥/١٢/٩ س ١٦ ص ١٩٩٥.

(٤) نقض ١٩٥٦/٢/٩ س ٧ ص ٢٠٥.

إذا كان الواقع في الدعوى أن الطاعنتين طعنتا على العقد موضوع النزاع بأنه وإن كان ظاهـره البـيع إلا أنـه يـنطوى في حقيقته على وصية لوارث مما تحكمه نصوص المادتـين ٩١٦، ٩١٧ مـن التقنين المدنى واستدلتا على ذلك بقرائن معينة منها شكل =

(ج) تطبيقات قضائية للقرائن على حقيقة التصرف:

• لا يقــدح فــي تكيــيف العقد بأنه بيع منجز احتواؤه على شرط احــتفاظ البائع بالانتفاع بالعين المبيعة مدة حياته وشرط منع المتصرف

العقــد وصيغته وتاريخه وعدم دفع المطعون عليها شيئًا من الثمن المسمى فيه لفقرها وطلبــتا علــى سبيل الاحتياط إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات صورية العقد وستره للوصــية، وكان الحكم المطعون فيه قد رد على ذلك بقوله إن العقد في صياغته عقد منجز، فإن هذا الذى أورده الحكم لا يصلح ردًا على دفاع الطاعنتين ولا يكفى لدفعه، ذلك أن جدية العقد التى استشفتها المحكمة من ظاهر صياغته ومضمون عباراته هى بــذاتها موضــوع الطعن بعدم جديته وأنه يستر وصية لوارث ومتى كان ذلك كانت المحكمــة لم تلق بالاً إلى دفاع الطاعنتين في جوهره ولم تواجهه على حقيقته وتعنى بتمحيصــه وهو دفاع جوهرى لو صح لتغير معه وجه الرأى في الدعوى فإنه يتعين نقض الحكم المطعون فيه. (نقض ١٢/١١/١٩٥٩ س ١٠ ص ٦٦٨)

إذا كانت محكمة الاستئناف قد أقامت قضاءها بأن العقد المتنازع عليه يخفى وصية على مــا استخلصــته من أقوال شاهدى المطعون ضدها (البائعة) وكان هذا الاستخلاص يتجافى مع مدلول هذه الأقوال، إذ أنها جاءت خلوًا مما يفيد اتجاه قصد المتصرفة إلى التبــرع، وإضافة التمليك إلى ما بعد موتها، وهو ما يشترط إثباته لاعتبار العقد ساترًا لوصــية، فــإن الحكــم المطعون فيه يكون معيبًا بالفساد في الاستدلال. (نقض ٥/١/١٩٧١ س ٢٢ ص ٢).

إذا كانــت المحكمة قد رأت أن المتنازع عليه بين الطرفين لم يقصد به البيع بل قصد به ســتر تبــرع مضاف إلى ما بعد الموت، وذكرت في حكمها أنها قد حصلت ذلك من ظــروف الدعوى وملابساتها، فلا شأن لمحكمة النقض معها متى كانت الدلالات التى أشارت إليها من شأنها أن تسوغ ذلك، وإذن فلا محل للطعن عليها إذا كان سندها في قضــائها باعتبار العقد المذكور وصية هو عدم تسجيله وعدم دفع ثمن المبيع المذكور بــه، وعدم تنفيذه قبل وفاة المورث، وبقاءه في حوزته حتى وجد في صندوقه الخاص بعد وفاته. فإن كان ذلك جائز الاستشهاد به للنتيجة التى وصلت إليها. (نقض ١٦/١١/١٩٣٩ طعن ٣٣س٩ق)

إليه من التصرف في هذه العين إذا ثبت أن الثمن المسمى في العقد دفع بأكمله إذ هذا يتنافى مع معلى الوصية التى هى من التبرعات[1].

• الطعـــن من الوارث في عقد البيع الصادر من المورث بأنه في حقيقته وصية وأنه لم يدفع فيه ثمن خلافا لما ذكر فيه إنما يعد طعنا منه بصـــورية هذا العقد صورية نسبية بطريق التستر ومن حقه كوارث أن يثبت هذا الدفاع بجميع طرق الإثبات بما فيها البينة لأن التصرف يكون فـــي هـــذه الحالة قد صدر إضرارًا بحقه في الإرث الذى تتعلق أحكامه بالنظام العام فيكون تحايلاً على القانون[2].

• إذا كان الدفع المبدى من الوارث بأن البيع الصادر من المورث لـــوارث آخـــر يخفـــى وصية، يحمل معنى الإقرار بصدوره عن إرادة صـــحيحة وبصـــحة العقـــد كوصية تنفذ في حق الورثة في حدود ثلث التركة، فإنه لا يقبل من هذا الوارث بعد ذلك الدفع بإبطال العقد بأكمله تأسيسًـــا على أنه أبرم تحت تأثير الاستغلال مما يعيب الإرادة، ومن ثم فـــلا تثريب على الحكم المطعون فيه إن هو أغفل الرد على هذا الدفع الأخيـــر، ويكـــون النعى عليه من أجل ذلك بالقصور في التسبيب على غير أساس[3].

• تسليم المستند الذى يتضمن التصرف المطعون عليه بأنه ينطوى علـــى وصـــية للمستفيد منه، ليس من شأنه أن يدل بمفرده على تنجيز التصرف[4].

• متى كان الحكم إذ قضى باعتبار عقود البيع الصادرة من مورثة الخصوم إلى زوجها مورث الطاعنين أنها إنما تخفى وصية فهى باطلة

---

(١) نقض ١٩٦٨/١١/١٤ س ١٩ ص ١٣٦٢.

(٢) نقض ١٩٦٩/١/٢ س ٢٠ ص ٢٢.

(٣) نقض ١٩٦٩/٤/١ س ٢٠ ص ٥٥٦.

(٤) نقض ١٩٧٠/٢/٢٤ س ٢١ ص ٢٠٦.

وأنهـا ليسـت هـبات مستترة في صورة عقد بيع لأنها منجزة قد أقام قضاءه على ما استخلصه من بقاء هذه العقود بغير تسجيل زمنا طويلا بعـد تحريـرها بصـفة رسمية ومن استمرار وضع يد المورثة على الأعـيان المبيعة وظهورها بمظهر المالكة لها لغاية وفاتها، ومن علاقة الـزوجية وعدم وجود نقود لدى المورثة عند وفاتها، الأمر الدال على عدم دفع ثمن خصوصًا وقد ذكر في العقود أن الثمن دفع خارج مجلس العقـد ومن أن العقود صدرت متتابعة من المورثة إلى زوجها وتناولت كـل ما تملكه المورثة – متى كان الحكم قد أقام قضاءه على ذلك فإن هـذا مـنه تكييف صحيح، وليس فيما استخلصه عيب. ومن ثم فإن ما يثيـره الطاعـنون فـي ذلك لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعيًا لا شأن لمحكمة النقض به[1].

• متى كان الحكم المطعون فيه إذ قضى ببطلان عقد البيع الصادر من مورث الطاعن والمطعون عليها أقام قضاءه على أسباب واقية فسر بها شرائط العقد بما يتفق مع مدلولها ثم استخلص منها أن نية العاقدين انصرفت إلى معنى الوصية من عدم دفع ثمن المبيع ومنع المشترين من التصـرف فـيه طوال حياة البائع وكذا من وضع يدهما عليه ومن عدم إلزامهما بدفع الأموال الأميرية عن الأطيان موضوع العقد إلا بعد وفاته فلـيس فـي هذا الاستخلاص الموضوعي مخالفة للقانون أو عيب في التسبيب[2].

• متى كانت محكمة الموضوع إذ اعتبرت العقد المفرغ في صيغة عقد بيع وصية قد حصلت ذلك مما ثبت لديها من أن المتصرف إليه لم يدفـع ثمـنا، وأن العقد وجد في خزانة المتصرف بعد وفاته، وأنه كان يقـبض أربـاح السندات التي استحقت بعد صدوره منه، فإنها تكون قد

---

(١) نقض ١٩٥٠/١٢/٧ طعن رقم ١٨٩ سنة ١٨ق.

(٢) نقض ١٩٥٢/٤/١٠ طعن رقم ٥٩ سنة ٢٠ق.

حصلت فهم الواقع في الدعوى من أدلة مقبولة عقلاً من شأنها أن تؤدى إلى ما ذهبت إليه[1].

• إذا كانـــت المحكمـــة في حكمها المطعون فيه بعد أن استظهرت أقوال الشهود إثباتًا ونفيًا، واستعرضت شروط التعاقد ـ قدرت بسلطتها الموضـــوعية أن العقد جدى لا صورية فيه ورأت أن الادعاء بذلك لا تســـمح بـــه ظروف التعاقد ولا مركز الطرفين، ثم استطردت إلى دفاع الطاعنين المتضمن عدم مقدرة الابن على الشراء وأن العقد غير منجز بســـبب عدم وضع يد المشترى وأنه وصية عملاً بالمادة ٩١٧ مدنى — فـــردت عليه واعتبرت للأسباب السائغة التى أوردتها أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى تمليك الابن الأطيان موضوع التصرف في الحال وأن تراخـــى تســـليمها إلـــى مـــا بعد الوفاء بالثمن، فإن النعى على حكمها المطعون فيه بالقصور وبمخالفة القانون يكون على غير أساس[2].

• إن الوصية يجوز صدورها في حال الصحة كما يجوز في حال المـــرض. فإذا طعن في تصرف بأنه وصية فالعبرة في تكييفه هى بما انتواه المتصرف وقصد إليه. ولقاضى الموضوع في سبيل استظهار هذا القصد أني عدل عن المدلول الظاهر لصيغة التصرف إلى ما يتضح له مـــن الظروف والملابسات. فإذا كيفت محكمة الموضوع التصرف بأنه وصية، معتمدة على ما تدل عليه عبارته من أن المتصرف قد قصد به أن يختص بعض أولاده، دون غيرهم من ورثته، بكل ما يترك عنه بعد وفاته من عقار ومنقول ليقسم بينهم قسمة تركة للذكر مثل حظ الأنثيين، وعلـــى عـــدم تســـجيل ورقة التصرف، واحتفاظ المتصرف بها طوال حـــياته، وحصـــول التصـــرف بغير عرض ووجود ورقة بين أوراق

---

(١) نقض ١٩٤٤/١١/٩ طعن رقم ٢٧ سنة ١٤ق.

(٢) نقض ١٩٦٠/٦/٢٣ س ١١ ص ٤٣٢.

المورث مكتوبة في نفس اليوم الذى أجرى فيه التصرف ومماثلة لورقته من جميع الوجوه عدا بيان الثمن، فإن هذا التكييف لا غبار عليه[1].

• يشترط لاعتبار العقد ساترًا لوصية أن يثبت اتجاه قصد المتصرف إلى التبرع وإضافة التمليك إلى ما بعد موته وإذ كان استناد الحكم في اعتبار العقد ساترًا لوصية على أن المشترى ابن البائع وأنه كان يقوم بمعاونة والده في زراعة الأرض حتى وفاته ولم يثبت اتخاذه أية إجراءات لشهر عقد البيع وليس من شأن ذلك أن يؤدى عقلاً إلى ما انتهى إليه في التنجيز عن العقد واعتباره ساترًا لوصية فإن الحكم يكون قد شابه قصور بما يستوجب نقضه[2].

• لا تثريب على محكمة الموضوع في الاستدلال بحكم شرعى قاض بصحة وصية باعتباره مجرد قرينة على جدية دعوى المطعون ضدهم وعلى أحقيتهم في طلب القضاء لهم بما يخصهم في تلك الوصية وإن لم يكونوا طرفًا في ذلك الحكم[3].

• البيع الذى يستر تبرعًا صحيح في التقنين القديم والقائم متى كان التصرف منجزًا غير مضاف إلى ما بعد الموت فيجب إذن للقول بأن العقد المطعون فيه يستر وصية أن يثبت إلى جانب اتجاه قصد المتصرف إلى التبرع إضافته التمليك إلى ما بعد موته. فإذا كان الحكم المطعون فيه وقد استدل على أن العقدين المطعون فيهما يستران وصية من عدم قدرة المشترين على دفع الثمن المسمى فيهما ومن وقوع المورث تحت تأثيرهم وقيام منازعات بينه وبين بناته الطاعنات في العقدين ومن تحرير العقدين على وتيرة واحدة والحرص على ذكر دفع بعض الثمن فيهما أمام الموثق الذى قام بتحريرهما، وكان ذلك كله ليس

---

(١) نقض ١٩٤٣/٤/١ طعن رقم ٥٦ سنة ١٢ق.

(٢) نقض ١٩٦٥/٥/٢٤ س ١٦ ص ٨٠٨.

(٣) نقض ١٩٦٧/٢/١٦ س ١٨ ص ٤٠٦.

من شأنه أن يؤدى عقلاً إلى نفى التنجيز عن العقدين، فإن الحكم يكون معيبًا بالقصور [1].

• إذ اتخـــذ الحكم المطعون فيه من عجز الطاعنة (المشترية) عن إثبات أدائها الثمن قرينة على أن العقد يخفى وصية، فإنه يكون قد استند إلـــى قـــرينة فاســـدة في خصوصية هذه الدعوى، لأن المطعون ضدها (الـــبائعة) هى التى يقع على عاتقها إثبات صورية ما ورد في العقد من أنها اقتضت الثمن المسمى فيه[2].

المطلب الثانى

التصرف في مرض الموت

(أ) المقصود بمرض الموت:

المقصود بمرض الموت أنه المرض الشديد الذى يغلب على الظن مـــوت صـــاحبه عـــرفًا أو بتقدير الأطباء ويلازمه ذلك المرض حتى المـــوت، وإن لـــم يكـــن أمر المرض معروفًا من الناس بأنه من العلل المهلكة، فضابط شدته واعتباره مرض موت أن يعجز غير العاجز من قبل عن القيام بمصالحه الحقيقية خارج البيت، فيجتمع فيه تحقق العجز وغلبة الهلاك واتصال الموت به[3].

لا يشـــترط فـــي مرض الموت ملازمة صاحبة الفراش على وجه الاستمرار والاستقرار بل يكفى أن يلازمه وقت اشتداد العلة[4].

المـــرض الـــذى يطول أمده عن سنة لا يعتبر مرض موت إلا إذا اشتدت وطأته وهو لا يعتبر كذلك إلا فترة الشدة الطارئة إذ أن فيها ما

---

(١) نقض ١٩٦٤/٥/١٤ س ١٥ ص ٦٧٣.

(٢) نقض ١٩٧١/١/٥ س ٢٢ ص ٢.

(٣) نقض ١٩٧٦/١/٧ س ٢٧ ص ١٤٦.

(٤) نقض ١٩٩٤ لسنة ٥٧ق، جلسة ١٩٨٨/٦/٩.

يقطع عن المريض الرجاء ويشعره بدنو أجله. وما يعتبر بهذا الوصف شدة للمرض من أمور الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع[1].

من الضوابط المقررة في تحديد مرض الموت – وعلى ما جرى بـه قضـاء هـذه المحكمة – أن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك ويشعر معه المريض بدنو أجله وأن ينتهى بوفاته، فإذا استطال المرض لأكثـر مـن سـنة فـلا يعتبر مرض موت مهما يكن من خطورة هذا المرض واحتمال عدم برء صاحبه منه، وتكون تصرفات المريض في هـذه الفترة صحيحة، ولا تعد استطالة المرض حالة من حالات مرض المـوت إلا في فترة تزايدها واشتداد وطأتها، إذ العبرة بفترة الشدة التى تعقـبها الوفاة، وقيام مرض الموت أو عدم قيامه هو من مسائل الواقع التى تستقل بتقديرها محكمة الموضوع[2].

لا يشـترط لاعتبار المرض موت أن يكون المرض قد أثر تأثيرًا ظاهرًا في حالة المريض النفسية أو وصل إلى المساس بإدراكه[3].

---

(١) نقض ١٩٧٨/٣/١٤ س ٢٩ ص ٧٣٥.

(٢) نقض ٨٥/٤/٢٨ س ٣٦ ص ٦٦٨.

(٣) نقض ١٩٥٦/٦/٧ س ٧ ص ٦٨٦.

المـرض الـذى يطول أمده عن سنة لا يعتبر مرض موت إلا إذا اشتدت وطأته وهو لا يعتبـر كـذلك إلا في فترة الشدة الطارئة، وحكمة ذلك أن في استطالة المريض على حالة ما يدفع عن المريض اليأس من الحياة ويلحق المرض بالمألوف من عاداته وأن فـيما قـد يصـيبه من شدة ما يقطع عنه الرجاء ويشعره بدنو أجله، وما يعتبر بهذا الوصـف شـدة المـرض هـو من الأمور الموضوعية التى يستقل بتقديرها قاضى الموضـوع ولا سـبيل للجدل فيه أمام محكمة النقض. (نقض ١٩٥٠/١١/٢٣ طعن ٢٠٩س ١٨)

حـق الوارث في مال مورثه لا يظهر في الوجود ولا يكون له أثر إلا بعد وفاة المورث. كمـا أن المـرض لا يمكـن اعتباره مرض موت إلا إذا انتهى بموت صاحبه مما لا يتأدى معه معرفة أن المرض من أمراض الموت إلا بتحقق هذه النتيجة ومن ثم مادام =

(ب) إثبات مرض الموت:

- ثـبوت وفاة المريض على فراش مرضه في المستشفى بالتهاب رئـوى بعـد العملـية الجراحية التى أجريت له لا ينفى حتمًا أنه كان مريضـًا مـرض الموت قبل دخوله المستشفى إذ قد يكون هذا السبب الأخيـر من مضاعفات المرض ولا يسوغ رفض الاستجابة إلى طلب الإحالـة إلـى التحقـيق لإثبات أنه كان مريضًا بالسرطان قبل دخوله المستشفى بثلاثة أشهر[1].

- قيام مرض الموت هو من مسائل الواقع. فإذا كان الحكم قد نفى بادلـة سـائغة لهـا أصلها في الأوراق، قيام حالة مرض الموت لدى المتصـرفة حيث استخلص من الشهادة الطبية المقدمة لإثبات ذلك، أنها لا تـدل على أن المتصرفة كانت مريضة مرض موت، واعتبر الحكم، في حدود سلطته في تقدير الدليل أن انتقال الموثق إلى منزل المتصرفة لتوثيق العقود محل النزاع، لا يعتبر دليلا أو قرينة على مرضها مرض مـوت، فإن الطعن على الحكم بالخطأ في تطبيق القانون أو فهم الواقع في الدعوى يعتبر مجادلة في سلطة محكمة الموضوع في تقدير الدليل، ولا يؤثـر فـي الحكم ما تزيد فيه من أن إقرار الوارث بصحة العقود الصادرة من مورثته إلى بعض الخصوم في الدعوى يفيد أن المتصرفة لم تكن مريضة مرض الموت، إذ جاء هذا من الحكم تزيدًا بعد استبعاده الأدلـة التي قدمها الوارث على قيام حالة مرض الموت، وهو المكلف بإثبات ذلك[2].

المتصـرف كـان مـا يزال حيًا فإنه ما كان يقبل من الوارث أية منازعة في العقود المطعـون علـيها تقوم على صدورها في مرض موت المتصرف أو على أنها تخفى وصايا (نقض ١٩٦٤/٣/٢٦ س ١٥ ص ٣٩٦).

(١) نقض ١٩٥٦/٦/٧ س ٧ ص ٦٨٦.

(٢) نقض ١٩٧٢/٥/٢ س ٢٢ ص ٧٩٠.

• مجـــرد طعن الوارث على التصرف بأنه صدر في مرض موت المورث إضرارًا بحقوقه في الإرث لا يكفى لإهدار حجية التصرف. بل يجـــب على الوارث أن يقيم الدليل على ادعائه، فإن عجز عن ذلك ظل التصرف حجة عليه وملزمًا له، ولا يعتبر الوارث في حالة عجزه عن إثـــبات طعنه في حكم الغير، ولا يعدو أن يكون الطعن الذى أخفق في إثـــباته مجرد ادعاءٍ لم يتأيد بدليل، وبالتالى يكون التصرف حجة على الوارث باعتباره خلفًا عامًا لمورثه(١).

(ج) حكم التصرف في مرض الموت:

يعتبـــر التصـــرف الصادر من شخص على سبيل التبرع وهو في مـــرض الموت، تصرفًا مضافًا إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية، أيًا كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف.

ويترتب على اعتبار التصرف وصية أنه لا يكون نافذًا في مواجهة الورثة إلا في حدود ثلث التركة، إلا إذا أجازوه.

ويجب لإعمال هذه القرينة شرطان:

(١) يجب أن يصدر التصرف في مرض الموت أى المرض الذى أعقبـــته الوفاة، ويقع عبء إثبات ذلك على الورثة بكافة طرق الإثبات، ولا يُحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابت(٢).

---

(١) نقض ١٩٧٢/٥/١١ س ٢٣ ص ٨٥٢

(٢) إن توقيع المطعون عليه الأول كشاهد على عقدى البيع ــ المطعون فيهما بصدورهما فـــي مـــرض الموت ــ في وقت لم يكن قد أصبح فيه وارثًا لا يعدو أن يكون شهادة بصـــحة صدورهما من الموت، ولا يعتبر إجازة منه للعقدين، لأن هذه الإجازة لا يعتد بها إلا إذا حصلت بعد وفاة المورث، إذ أن صفة الوارث التى تخوله حقًا في التركة لا تثبت له إلا بهذه الوفاة، كما أن توقيعه على العقدين لا يفيد صحة التاريخ المعطى لكل منهما إذ لم يكن وارثًا وقت توقيعه كشاهد طبقًا لما تقدم ذكره.

إثـــبات التاريخ لا يكون إلا بإحدى الطرق التى عينها القانون ولا يحتج على الورثة الذين يطعـــنون علـــى التصرف بأنه صدر في مرض الموت بتاريخ السند إذا لم يكن هذا =

(٢) يجــب أن يكــون التصرف على سبيل التبرع ، وذلك أيًا كان المســمى المعطــى لهــذا التصــرف. ويقيم القانون قرينة على أن كل تصــرف صادر في مرض الموت يعتبر على سبيل التبرع، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك، أى يثبت أنه قد دفع عوضًا للمورث.

وتقــرر محكمــة النقض بأنه يشترط لاعتبار التصرف وصية أن يصدر في مرض الموت وأن يكون مقصودًا به التبرع ونية المتصرف في تصرفه هى المعول عليها واستظهار هذه النية مسألة موضوعية لا تــدخل فيها لمحكمة النقض ما دامت الوقائع التى سردتها المحكمة في حكمهــا والظــروف التى بسطتها فيه تؤدى إلى النتيجة القانونية التى قررتها[١].

وإذا ثبت وجود عوض ولكنه تضمن محاباة، كالبيع بأقل من ثمن المــثل، فإن هذا القدر المحابى به هو الذى يعتبر وصية لأنه من قبيل التبرع[٢].

الــتاريخ ثابتًا، إلا أن هذا التاريخ يظل حجة عليهم إلى أن يثبتوا هم عدم صحته وأن التصــرف صــدر في تاريخ آخر توصلاً منهم إلى إثبات أن صدوره كان في مرض الموت (نقض ١٩٧٣/١٢/٦ س ٢٨ ص ١٧٤٢).

(١) متــى كــان الحكم المطعون فيه قد استخلص من عبارة التنازل سند الدعوى أن نية المــتعاقدين لم تنصرف إلى التبرع بشيء بل إلى إسقاط الالتزامات المتبادلة المترتبة علــى عقــد الإيجار في ذمة كل منهما، وكان هذا الذى استخلصه الحكم مستمدًا من أوراق الدعــوى ولا يخالــف الــثابت بهــا وكان المقرر إذا كان العقد مشتملاً على التزامات متقابلة فإنه لا يكون عقد تبرع فإن ما ينعاه الطاعنون على الحكم يكون على غير أساس. (نقض ١٩٨٤/٤/١٦ س ٢٥ ص ١٠٠٢)

(٢) مفــاد نــص المادتين ٤٧٧، ٩١٦ من القانون المدنى أن العبرة في اعتبار التصرف مضافًا إلى ما بعد الموت أن يكون على سبيل التبرع أو أن يكون الثمن يقل عن قيمة المبــيع بمــا يجاوز ثلث التركة فإذا أثبت الورثة أن البيع تم في مرض الموت اعتبر البــيع على سبيل التبرع ما لم يثبت المشترى عكس ذلك، لما كان ذلك، وكانت أسباب

الحكم المطعون فيه وما اعتنقه من أسباب الحكم المستأنف قد استدل بقرائن سائغة على أن الثمن دفع وأنه يتساوى مع قيمة المبيع واستخلص ذلك من الخطاب الذى أرسله المورث قبل التصرف إلى الشاهد بأن البائعين كانوا يبحثون عن مشتر للأرض في حدود ثمن خمسمائة جنيه للفدان وقد رفضت إحدى المشتريات التى ورد اسمها في الخطاب المؤرخ ١٩٧٧/٦/١٨ الشراء بهذا الثمن وكذلك من أقوال شاهد المطعون ضدهم بأن المورث كان يبغى إيداع قيمة نصيبه من ثمن المبيع بنك مصر وهو في حدود خمسة أو ستة آلاف جنيه بما يعنى أن العقد لم يكن مقصودًا به التبرع وأن الثمن في الحدود المناسبة لقيمة المبيع وهى قرائن كافية وحدها لحمل قضاء الحكم في إثبات العرض وإثبات تناسبه مع قيمة المبيع، ومن ثم فلا حاجة للحكم للتحدث عن صدور التصرف في مرض الموت أو إثبات ذلك بطريق آخر طالما كونت المحكمة عقيدتها من قرائن ثابتة لها أصلها في الأوراق. (الطعن ١٢٨٢ لسنة ٥٣ق، جلسة ٢٧/٣/١٩٩١)

البيع في مرض الموت لأجنبى يختلف حكمه فإن ثبت أنه هبة مستورة أى تبرع محض فحكمه أنه وصية لا تنفذ إلا في ثلث تركة البائع، وإن ثبت أنه عقد صحيح مدفوع فيه الثمن ولكن فيه شيئًا من المحاباة فله حكم آخر.

وعلى ذلك فإذا دفع ببطلان عقد بيع لكونه مزورًا على البائع أو لكونه على الأقل صادرًا في مرض موته، وقضت محكمة الدرجة الأولى بإحالة الدعوى على التحقيق لإثبات ونفى صدور العقد في مرض الموت، واستؤنف هذا الحكم التمهيدى فقضت محكمة الدرجة الثانية بالغائه وتصدت لموضوع الدعوى فحكمت فيه بصحة العقد على أساس أن المشترى ليس وارثًا وأنه لا محل إذن لتحقيق صدور العقد في مرض الموت إلا إذا كان ثمة محاباة في الثمن تزيد على ثلث مال البائع في حين أن الطاعن في العقد يبنى طعنه على أن هذا العقد إنما هو تصرف بطريق التبرع الذى لم يدفع فيه ثمن، فحكمها على أساس ذلك التوجيه، وهو تصحيح عقد البيع واعتباره عقد بيع حقيقى فيه الثمن مدفوع فعلاً مع عدم بيان الأسباب التى دعتها إلى رفض ما ادعاه الطاعن من عدم دفع الثمن ولا الأسباب التى أقنعتها بدفع الثمن، هو حكم باطل لقصور أسبابه. (الطعن ٧٧ لسنة ٢ ق، جلسة ١٩٣٤/٤/٢٦)

إذا قضت المحكمة باعتبار العقد المتنازع عليه عقد بيع صادرًا في مرض الموت حكمه حكم الوصية لأجنبى لا ينفذ إلا في ثلث تركة البائع، ثم حكمت في الوقت نفسه تمهيديًا بندب خبير لحصر أموال البائع وتقدير ثمنها لمعرفة ما إذا كانت الأطيان محل العقد =

وقد طبق المشرع ذلك على عقد البيع بقوله أنه إذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت البيع، فإن البيع يسرى في حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تجاوز ثلث التركة داخلاً فيها البيع ذاته. أما إذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة، فإن البيع فيما يجاوز الثلث لا يسرى في حق الورثة إلا إذا أقروه أو رد المشترى للتركة ما يفى بتكملة الثلثين[1].

المطلب الثالث

التصرف مع الاحتفاظ بالعين

أقام المشرع قرينة مؤداها أنه إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التى تصرف فيها وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته، اعتبر التصرف مضافًا إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية ما لم يقم دليل يخالف ذلك[2].

(أ) التصرف لوارث:

يشترط لإعمال هذه القرينة أن يكون التصرف لوارث، أما إذا كان التصرف لغير الوارث فلا تقوم القرينة.

وترى محكمة النقض تعميم حكم تلك القرينة القانونية بالنسبة للتصرف الصادر إلى الوارث على التصرف الصادر أيضًا لصاحب

تخرج من ثلثها أم لا، فلا تعارض في حكمها بين شطره القطعى وشطره التمهيدى، إذ أنه مع اعتبار العقد صادرًا في مرض الموت حكمه حكم الوصية لأجنبى يصبح الفصل في طلب صحته ونفاذه كليًا أو جزئيًا متوقفًا بالبداهة على نتيجة تقرير الخبير في المهمة التى كلفه بها. (نقض ١٣٧ لسنة ١٨ق، جلسة ١٩٥٠/٣/٢)

(١) م ٩١٦، ٤٧٧ مدنى.

(٢) م ٩١٧ مدنى.

الوصية الواجبة وذلك لاتحاد العلة والحكم في شأنها بينهما بل ولتوفره في هذه الحالة الأخيرة من باب أولى[1].

وقضـــت بأنـــه لمـــا كان الطاعن قد تمسك في دفاعه أمام محكمة الاســـتئناف بأن عقد البيع المؤرخ... الصادر من مورثته إلى المطعون ضدهما وهما حفيديها ويستحقان وصية واجبة في تركتها هو في حقيقته وصـــية مـــؤجلة إلى ما بعد الموت، أنها ظلت محتفظة بحيازة الأطيان المبيعة وبحقها في الانتفاع بها مدى حياتها وحتى توفيت وأنهما لم يدفعا ثمـــنا وهـــو ما طلب من أجله إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثباته، وكان الحكم المطعون فيه قد التفت عن ذلك الدفاع بمقولة تخلف شرط إعمال القـــرينة باعتبار أن المطعون ضدهما وإن كانا من أصحاب الوصية إلا أنهما غير وارثين فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه[2].

(ب) احتفاظ المتصرف بالانتفاع بالعين مدى حياته:

إن تلـــك القـــرينة لا تقوم إلا باجتماع شرطين أولهما هو احتفاظ المتصـــرف بحـــيازته العين المتصرف فيها وثانيهما احتفاظه بحقه في الانـــتفاع بها، على أن يكون الاحتفاظ بالأمرين مدى حياته ومستندًا إلى حـــق ثابـــت لا يستطيع المتصرف إليه تجريده منه، فلا يكفى أن ينتفع المتصرف بالعين انتفاعًا فعليًا حتى وفاته دون أن يكون مستندًا في هذا الانتفاع إلى مركز قانونى يخوله ذلك[3].

---

(١) الطعن رقم ٥٤٠ س ٥١ق جلسة ١٩٨٥/٣/١

(٢) الطعن رقم ٥٤٠ س ٥١ ق جلسة ١٩٨٥/٣/١.

Meau-Latour, la donation déguisée, 1985, n. 65.

(٣) الطعن رقم ١٢٥٢ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٩١/١٢/١.

لمـــا كان ذلك ، وكان البين من الأوراق أن محكمة الموضوع وقد أباحت للطاعن فرصة إثـــبات توافـــر هـــذه القرينة بشرطيها إلا أنه لم يثبت منها إلا مجرد احتفاظ المورث بالحيازة مدى حياته وهو ما لا يكفى بذاته للقول بتوافر القرينة المذكورة على ما سلف =

ويكـــون ذلـــك إمـــا عن طريق اشتراط حق المنفعة وعدم جواز التصرف في العين، وإما عن طريق الإيجار مدى الحياة أو عن طريق آخر مماثل، ومن ثم فلا يكفى لقيام القرينة القانونية أن يحتفظ المتصرف بالحيازة والانتفاع لحساب الغير ولو كان ذلك لمدى حياة المتصرف إذ يكون الحق في الانتفاع في هذه الحالة مقررًا لهذا الغير(١).

(ج) سلطة المحكمة في التحقق من شروط القرينة:

• والـــتحقق من أحقية المورث في الانتفاع بالعين المتصرف فيها هو من سلطة محكمة الموضوع بغير معقب من محكمة النقض متى كان استخلاصها سائغًا(٢).

• من المقرر أنه وإن كان صحيحًا أن القرينة لا تقوم إلا باجتماع شـــرطين هما احتفاظ المتصرف بحيازة العين التى تصرف فيها وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته، إلا أن خلو العقد من النص عليهما لا يمنع قاضـــي الموضـــوع مـــن اســـتعمال سلطته في التحقق من توفر هذين الشرطين للوقوف على حقيقة العقد المتنازع عليه وقصد المتصرف من تصرفه وذلك في ضوء ظروف الدعوى وملابساتها غير متقيد في ذلك

بـــيانه وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإن النعي عليه بما ورد في هذا الوجه والتناقض يكون بدوره على غير أساس. (الطعن رقم ١٩٠١ لسنة ٥١ق جلسة ٤/٢/ ١٩٨٥)

(١) نقض ١٩٦٣/٤/٢٥ ص ٥٧٩ س ١٤.

فـــإذا كـــان الحكـــم المطعون فيه قد انتهى بأسباب سائغة إلى أن حيازة المورث للأعيان المبـــيعة مـــنه إلى ورثته واستغلاله لها بعد البيع لم يكن لحساب نفسه ولكن لحسابهم تنفـــيذًا للتوكـــيل الصادر منهم إليه فإن الحكم يكون قد نفى احتفاظ المورث بحقه في الانتفاع بالاعيان المتصرف فيها مدى حياته مما تنتفي به القرينة القانونية الواردة في المادة ٩١٧ مدني. (نقض ١٩٦٣/٤/٢٥ س ١٤ ص ٥٧٩)

(٢) نقض ١٩٨٤/١/٥ س ٣٥ ص ١٤٦.

بما ورد في العقد من نصوص صريحة دالة على تنجيزه، لأن للوارث أن يثبت بطرق الإثبات كافة مخالفة هذه النصوص للواقع، متى كان قد طعن في العقد بأنه يخفي وصية احتيالاً على أحكام الإرث[1].

- لا يجـــوز التحدى بعدم توافر شرطى القرينة أو أحدهما استنادًا إلى ما جاء في صياغة العقد بشأنه، لأن جدية العقد بوصفه عقد بيع هى بذاتها موضوع الطعن عليه[2].

- ولقاضــــى الموضـــــوع سلطة التحقق من توافر هذين الشرطين للتعـــرف على حقيقة العقد المتنازع عليه والتحرى عن قصد المتصرف من تصرفه، وذلك على ضوء ظروف الدعوى التى أحاطت به، ما دام قد برر قوله في هذا الخصوص بما يؤدى إليه[3].

(د) إثبات القرينة وعكسها:

يقـــع عبء إثبات توافر شروط هذه القرينة على عاتق الورثة، إلا أنـــنا بصدد قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس حيث يمكن للمتصرف إليه نقض هذه القرينة، كأن يثبت أنه دفع ثمنًا أو أن حيازة المتصرف كانت لحســـابه كوكيلاً عنه، أما إذا عجز عن هذا الإثبات فإن التصرف يعتبر وصية ولا ينفذ في حق الورثة إلا في حدود الثلث، إلا إذا أجازوه.

---

(١) نقض ١٩٧٣/١/٣٠ س ٢٤ ص ١١٩.

مجـــرد بيع المورث حق الانتفاع بالعقارات موضوع الدعوى إلى ولديه القاصرين بعد أن كان قد تصرف إليهما في حق الرقبة، لا يمنع من اعتبار التصرف وصية وفقًا للمادة ٩١٧ مـــن القانـــون المدنى، إذ لا يعدو ذلك أن يكون بمثابة بيع الرقبة وحق الانتفاع ابتداء مع النص على تنجيز التصرف، وهو ما لا يحول بين الطاعنات ــ باقى الورثة ــ وبين إثبات مخالفة هذا النص للواقع. (نقض ١٩٧٣/١/٣٠ س ٢٤ ص ١١٩)

(٢) نقض ١٩٨١/٢/١٧ س ٣٢ ص ٥٣٩.

(٣) نقض ١٩٧٠/٦/١٦ س ٢١ ص ١٠٦١.

وتطبيقًا لذلك تقرر محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم المطعون فيه قد ألقى على عاتق الورثة الطاعنين إثبات ما ادعوه على خلاف الظاهر من عبارات العقد من احتفاظ المورث بالحيازة وبحقه في الانتفاع مدى الحياة مما تتوافر به القرينة القانونية المنصوص عليها في المادة ٩١٧ مدنى فإن الحكم لا يكون قد خالف قواعد الإثبات[١].

وقضـــت بأن تحقيق القرينة بشرطيها، وجواز التدليل على عكسها من أمور الواقع التى تستقل بها محكمة الموضوع[٢].

(هـ) أثر توافر شروط القرينة:

أقام المشرع قرينة قانونية من شأنها ـ متى توافرت عناصرها ـ إعفـــاء من يطعن في التصرف بأنه ينطوى على وصية من إثبات هذا الطعن ونقل عبء الإثبات على عاتق المتصرف إليه[٣].

والتمســـك بالقرينة إنما يكون من صاحب المصلحة وليس لمحكمة الموضوع أن تتصدى له من تلقاء نفسها. وإعمال حكم القرينة لا يكون إلا بعد وفاة المتصرف[٤].

(و) تخلف شروط القرينة:

تقـــرر محكمة النقض أن ما نص عليه المشرع، لا يعدو أن يكون تقريـــرًا لقيام قرينة قانونية لصالح الوارث تعفيه من إثبات طعنه على تصـــرفات مورثه التى أضرت به بأنها في حقيقتها وصية، إلا أنه لما

---

(١) نقض ١٩٦٣/٤/٢٥ س ١٤ ص ٥٧٩.

(٢) نقض ١٩٧٣/١٢/١٨ س ٢٤ ص ١٢٨٧.

القرينة المنصوص عليها في المادة ٩١٧ من القانون المدنى على ما صرح به عجز تلك المادة قابلة للدليل. (نقض ١٩٦٧/١٢/١٩ س ١٨ ص ١٨٨٥).

(٣) نقض ١٩٦٤/٥/١٤ س ١٥ ص ٦٧٣.

(٤) الطعن ١١ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٣/١/٢ س ٢٤ ص ٩٧.

كان لهذا الوارث أن يطعن على مثل هذا التصرف بكافة طرق الإثبات لمـــا هـــو مقـــرر مـــن أنه لا يستمد حقه في الطعن في هذه الحالة من المـــورث وإنما من القانون مباشرة، على أساس أن التصرف قد صدر إضرارًا بحقه في الإرث الذى تتعلق أحكامه بالنظام العام، فيكون تحايلاً علـــى القانـــون، فإنه يكون للوارث عند عدم توافر شروط تلك القرينة القانونـــية أن يـــدلل بكافة طرق الإثبات، على احتفاظ المورث بحيازة العـــين التى تصرف فيها كقرينة من القرائن القضائية يتوصل بها إلي إثـــبات مدعاه بأن المورث قصد أن يكون تمليك المتصرف إليه مضافا إلـــى مـــا بعد الموت وبذلك لم يتخل له عنها لو كان التصرف منجزًا، والقاضى بعد ذلك حر في أن يأخذ بهذه القرينة أم لا يأخذ بها، شأنها في ذلك شأن سائر القرائن القضائية التى تخضع لمطلق تقديره[1].

وقضت بأن المشرع أنشأ قرينة قانونية على توافر نية الإيصاء في أى تصـــرف يجريه المورث لأحد ورثته إذا احتفظ بأية طريقة بحيازة العـــين وبالانتفاع بها مدى حياته فإن توافرت أعفت الوارث من إثبات طعـــنه علـــى تصرفات مورثه وإن لم تتوفر كان للوارث أن يثبت نية الإيصـــاء لـــدى المـــورث بالقـــرائن القضائية ولمحكمة الموضوع أن

---

(١) نقض ١٩٧١/٣/١١ س ٢٢ ص ٢٨٩.

يشترط لانطباق المادة ٩١٧ من القانون المدنى ـــ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ـــ أن يكون المتصرف إليه وارثًا، فإذا لم يتوافر هذا الشرط كان للوارث الذى يطعن علـــى التصرف بأنه يستر وصية إثبات هذا الطعن بكافة طرق الإثبات. (الطعن ١٥٧ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٠/٣/١٥).

عدم انطباق شروط المادة ٩١٧ من القانون المدنى لكون المتصرف إليه غير وارث وإن كـــان يـــؤدى إلى عدم جواز إعمال القرينة القانونية المنصوص عليها في هذه المادة وبالتالى إلى عدم إعفاء الوارث الذى يطعن على التصرف بأنه ستر وصية من إثبات هذا الطعن إلا أن ذلك لا يمنعه من أن يتحمل هو عبء إثبات طعنه هذا . (نقض ١/٢/ ١٩٦٩ س ٢٠ ص ٢٢)

تســـتظهر القـــرائن الدالـــة على أن التصرف ليس منجزًا وأنه قصد به الإيصاء لوارث آخر[1].

وقضـــت بأن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن عدم توافر شروط هذه القرينة لا يحول دون استنباط قصد الإيصاء وإضافة التصرف إلى ما بعد الموت من قرائن قضائية أخرى، ولئن كان استظهار هذه القرائن المـــؤدية إلـــى وصـــف العقد هو من المسائل التقديرية التى تستقل بها محكمة الموضوع متى كان بيانها سائغًا إلا أن وصف العقد ذاته هو من مسائل القانون التى تخضع لرقابة محكمة النقض[2].

---

(١) الطعن ١٤٥١ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩١/٧/١٧.

لمـــا كان عدم توافر شروط القرينة القانونية المنصوص عليها في المادة ٩١٧ من القانون المدنى لا يحول دون استنباط قصد الإيصاء وإضافة التصرف إلى ما بعد الموت من قـــرائن أخـــرى قضـــائية، وكان مناط الأخذ بظاهر نصوص العقد المطعون بأنه في حقيقته وصية أن يعجز الوارث الذى يطعن عليه بالصورية النسبية عن إثبات مدعاه، فـــلا يجوز الأخذ بظاهر تلك النصوص لنفى ما يقدمه من أدلة على صوريتها لما في ذلـــك من مصادرة لحقه في الإثبات. ومتى كان ذلك وكانت المحكمة لم تلق بالاً إلى دفـــاع الطاعنتـــين في جوهره ولم تواجهه على حقيقته أو تعنى بتمحيصه وهو دفاع جوهرى لو صح لتغير معه وجه الرأى في الدعوى، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطـــأ فـــي تطبيق القانون وشابه قصور في التسبيب وفساد في الاستدلال بما يوجب نقضه لهذا السبب. (الطعن ٤٥٣ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٠/٥/٢٩)

لمـــا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أن الطاعن دفع بأن العقد يخفى تصرفًا مضـــافًا إلى ما بعد الموت وتمسك بالقرينة القانونية المنصوص عليها في المادة ٩١٧ مـــن القانـــون المدنى وأنه لم يقم الدليل على توافر شروط إعمال حكمها في حين أن الـــثابت بـــالأوراق أن الطـــاعن تمسك أيضًا بصدور التصرف من مورثه في مرض المـــوت على سبيل التبرع واستدل على ذلك بشاهدين إلا أن الحكم المطعون فيه أغفل هذا الدفاع إيرادًا وردًا مما يعيبه بالقصور في التسبيب. (الطعن ٢٣ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٩٢/٢/٢٥)

(٢) الطعن رقم ١٥٣٢ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٩١/١٠/٩.

وقضت بأنه "يشترط ـــ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ـــ لاعتـــبار العقـــد ســـاترًا لوصية أن يثبت اتجاه المتصرف إلى التبرع وإضافة التمليك إلى ما بعد موته.

عجـــز المتصـــرف إلـــيه عن دفع الثمن المسمى في عقد البيع لا يـــنهض بذاتـــه دليلاً على أن العقد يخفي وصية، إذ لا يتعارض الثمن المسمى في عقد البيع لا ينهض بذاته دليلاً على أن العقد يخفى وصية، إذ لا يـــتعارض ذلك مع تنجيز التصرف واعتباره صحيحًا سواء أكان العقـــد فـــي حقيقـــته بـــيعًا أو هبة مستترة في عقد بيع استوفى شكله القانونى[1].

(١) نقض ١٠/٤/١٩٨٥ س ٣٦ ص ٥٨٩.

الفصل الرابع
العقـــد

القواعد العامة:

نتــناول العقد بوصفه مصدرًا للحقوق العينية الأصلية، ونكتفى فى هــذا المقــام بالمبادئ العامة لأن مجال دراسة ذلك هو النظرية العامة للالتزام وعقد البيع[١].

يعتبر العقد مصدرًا للحقوق العينية، حيث تنتقل الملكية وغيرها من الحقــوق العينية فى المنقول والعقار بالعقد،متى ورد على محل مملوك للمتصرف[٢]. ولكن تلك القاعدة العامة يرد عليها تحفظان:

الأول: بالنسبة للمنقول: تبدو تلك القاعدة بوضوح بالنسبة للمنقول المعين بالذات، حيث تنتقل ملكيته بمجرد العقد دون حاجة إلى أى إجراء آخــر. إلا أنـــه لا ينبغى إغفال أهمية التسليم بسبب قاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز. فإذا باع المالك المنقول مرتين، فإن المشترى الأول يعتبـــر مالكًـــا له بمجرد العقد، ولكن المشترى الثانى يفوز بالمنقول إذا تسلم المنقول استنادًا إلى قاعدة الحيازة. أما إذا كان المنقول معينًا بنوعه فإن ملكيته لا تنتقل بمجرد العقد، بل يلزم التعيين والإفراز[٣].

الثانـــى: بالنســـبة للعقار: ينبغى تسجيل العقود المنشئة أو الناقلة للملكية والحقوق العينية الأصلية الأخرى على العقارات[٤]. مؤدى ذلك

---

(١) انظــر مؤلفنا فى مصادر الالتزام، بيروت٢٠٠٠، وفى عقد البيع، إسكندرية، ١٩٩٩.

(٢) م ٩٣٢ مدنى، جمال ذكي، ص ٣٨٥..

(٣) م ٢٠٥ مدنى.

(٤) م ٩٣٤ مدنى، م ٩من قانون الشهر العقارى ١٩٤٦.

الملكـــية فـــى المـــواد العقاريـــة لا تنتقل سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بالتســـجيل ومـــا لم يحصل هذا التسجيل تبقى الملكية على ذمة المتصرف ولا

أن مشـــترى العقار بعقد غير مسجل لا يصبح مالكًا قبل التسجيل، ولا يستطيع التصرف فى العقار كمالك[1]. ولا يمكنه رفع دعوى الاستحقاق على البائع للمطالبة بتثبيت ملكيته على العقار المبيع، فلازال البائع مالكا لـــه، ومـــن ثم يستطيع دائنوه التنفيذ عليه، وينتقل إلى ورثته بالميراث، ويجـــوز لـــوارث البائع بيع العقار إلى مشترى آخر، وإذا بادر الوارث بتســـجيل حق الإرث وقام المشترى منه بتسجيل عقده، فإنه يفضل على المشترى من المورث لأنه أسبق فى التسجيل، مع ملاحظة أن المتعامل مـــع المـــورث تكون له الأفضلية متى أشر بحقه فى هامش شهر حق الإرث خلال سنة من حصوله[2].

يكون للمتصرف إليه في الفترة من تاريخ التعاقد إلى وقت التسجيل سوى مجرد أمـــل فـــي الملكـــية دون آي حق فيها (الطعن ٢٥٩ لسنة ٥١ق، جلسة ١٠/١/١٩٨٥).

(١) الملكـــية فـــي العقـــارات، لا تنـــتقل فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير إلا بالتســـجيل. مشـــترى الأرض بعقـــد غيـــر مسجل ليس له طلب إعمال قواعد الالتصـــاق بشـــأن المباني التي يحدثها الغير فيها. (الطعن رقم ٦ لسنة ٦٤ق، جلسة ١٤/٢/١٩٩٥).

إذا كان عقد البدل لم يسجل فإنه لا يجوز الاستناد إليه فى طلب تثبيت الملكية للقدر الـــوارد بـــه والمقايض عليه، والتحدى بالإقرار القضائي الصادر من ورثة أحد المتبادلـــين بأحقـــية الطاعنـــين للمساحة المتبادل عليها لا محل له، ذلك أن هذا الإقرار لا يصلح سندًا لطلب تثبيت الملكية إذ ليس من شأنه أن ينقلها للطاعنين وهـــو لا يعـــدو أن يكـــون مجـــرد تأييد لعقد البدل العرفي الصادر من مورث المقـــرين والذي لا يترتب عليه نقل ملكية القدر المتبادل عليه لعدم تسجيله، وإذ كـــان الحكـــم المطعـــون فيه قد التفت عن هذا الإقرار فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه. (نقض ٢٥/١٢/١٩٦٩ س ٢٠ص ٢٣٨)

(٢) لـــئن كان بيع العقار أو التنازل عنه لا تنتقل به الملكية إلى المتنازل إليه ما لم تتخذ فى شأنه الإجراءات التى يقررها القانون لنقل الملكية فى العقار إلا أن هذا التـــنازل متـــى كان منجزًا فهو بوصفه تصرفًا قانونيًا يرتب التزامات شخصية =

علـى عاتق المتنازل تخول للمتنازل إليه ما كان للأول من حقوق على العقار. (الطعن ٩٢٦ لسنة ٥٢ق، جلسة ١٩٨٦/٣/١٦).

الملكـية لا تنـتقل إلى المشترى إلا بتسجيل عقد البيع وأن العقد الذى لم يسجل لا ينشـئ إلا التـزامات شخصية بين طرفيه، فإذا لم يسجل المشترى من المورث عقـده فـلا تنـتقل إليه الملكية ويبقى العقار على ملك المورث وينتقل منه إلى ورثـته فـإذا تصـرف الـوارث بالبيع بعد ذلك فى ذات العقار، فإنه يكون قد تصـرف فيما يملك تصرفا صحيحا. (الطعن ١٣٧٨ لسنة ٥٥ق، جلسة ١٩٩٢/١/١٥).

مـن المقـرر فى قضاء محكمة هذه المحكمة أن البيع الصادر من المورث لا ينقل إلـى المشـترى ملكية العقار المباع إلا بالتسجيل، فإذا لم يسجل المشترى عقد شـرائه علـى العقار ظل على ملك المورث وانتقل إلى ورثته من بعده بسبب الإرث ويكون للوارث، كما كان لمورثه، أن يبيع العقار لمشتر آخر إلا أنه فى هـذه الحالـة لا يكـون ثمة محل للمفاضلة بين البيع الذى يصدر من المورث والبـيع الـذى يصـدر من الوارث وذلك بسبب تعادل سندات المشترين ومن مقتضـى ذلك أنه إذا كان المشترى الأول قد استلم العقار المباع من البائع له أو ورثته من بعده تنفيذا للالتزامات الشخصية التى يرتبها العقد، فإنه لا يجوز بعد ذلك نزع العين من تحت يده وتسليمها إلى المشترى الثانى إلا بعد تسجيل عقده وثبوت أفضلية له بذلك وإذا كان الثابت بمدونات الحكم المطعون فيه أن محكمة أول درجة اطلعت على ملف الدعوى المقامة من الطاعنين بطلب الحكم بصحة ونفـاذ عقـد البـيع الابتدائى المتضمن بيع مورث المطعون ضده الثانى لهما مسـاحة ٢ فـدان فـيهما القـدر محـل النزاع، وكان الطاعنان قد تمسكا فى مذكـرتيهما المقدمتين لمحكمة الاستئناف والمقدمة صورة من كل منهما ضمن مسـتنداتهما فـى هـذا الطعن، بأنهما يضعان اليد على العقار محل النزاع منذ شرائهما من مورث المطعون ضده الثانى، فإن الحكم إذ أيد الحكم الابتدائى فى خصـوص ما قضى به من تسليم المطعون ضده الأول (المشترى من الوارث بعقد ابتدائى) العقارين محل النزاع دون أن يتعرض لهذا الدفاع ويرد عليه رغم أنه جوهرى يتغير به، إن صح، وجه الرأى فى الدعوى يكون مشوبا بالقصور. (نقض ٨٣/٣/١٧ س ٣٤ ص ٧٠٣)

ولكن البيع غير المسجل يرتب كافة آثاره فيما بين المتعاقدين عدا الأثـــر الـــناقل للملكية، ومن ثم فإن البائع يلتزم بتسليم المبيع للمشترى وبضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية[1]. ويلتزم المشترى بدفع الثمن والمصروفات وتسلم المبيع.

مـــنع شـــهر تصـــرفات الوارث قبل شهر حقه فى الإرث. علة ذلك. المتعامل مع المورث له الأفضلية على المتعامل مع الوارث الذى أشهر حقه فى الإرث عند تـــزاحمهما متى أشر بحقه فى هامش شهر حق الإرث خلال سنة من حصوله. أثـــر ذلـــك، الاحتجاج بالتصرف الصادر من المورث فى مواجهة من تلقى حقًا عينيًا من الوارث. م ١٣، ١٤ ق ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى.

تســـجيل المشترى من المورث الحكم الصادر له بصحة عقده. أثره. انتقال الملكية إلـــيه، تمامه قبل إشهار حق الإرث. مؤداه. عدم لزم معاودة التأشير بذات الحق فـــى هـــامش حق الإرث الذى يتم شهره فيما بعد. علة ذلك. (الطعن رقم ٩٩١ لسنة ٦١ق، جلسة ١٩٩٢/٦/٢٣)

(١) انـــتقال الملكية ليس شرطًا لطرد الغاصب وعدم شهر التصرف لا يترتب عليه ســـقوط حق الطاعن فى الضمان ولا سقوط التزام المستأجر برد العين المؤجرة بعد فسخ عقده.

يـــدل نص المادة التاسعة من قانون الشهر العقارى — علي ما صرحت به مذكرته الإيضاحية وجرى عليه قضاء هذه المحكمة — على أنه بمجرد انعقاد التصرف الـــواجب شهره يكون لمن عقد التصرف لمصلحته جميع الحقوق التى من شأن هـــذا التصـــرف أن يرتبها ما عدا انتقال الحق العينى فيتراخى هذا الحق حتى حصول التسجيل. (الطعن ٣٠٣٧ لسنة ٥٩ق، جلسة ١٩٩١/١٢/١٧)

التـــزام البائع بضمان عدم التعرض للمشترى. التزام أبدى يتولد عن عقد البيع ولو لم يشهر. أثره. يمتنع عليه وعلى ورثته دفع دعوى صحة العقد والتسليم بالتقادم المسقط كما يمتنع عليهم دفعها بالتقادم المكسب ما لم يتم التنفيذ العينى لالتزامهم بنقل الملكية والتسليم وتوافر شروط التقادم المكسب للعين المبيعة من بعده. علة ذلك. (الطعن رقم ٨٣٧ لسنة ٥٥ق، جلسة ١٩٩٢/٤/٢١)

ويثير التسجيل بعض المشكلات العملية التى حسمتها محكمة النقض بعدة مبادئ نكتفى بالإشارة إليها:

(أ) انتقال الملكية من تاريخ التسجيل:

ليس للتسجيل أثر رجعى بل يترتب أثره من تاريخ حصوله ولا يرتد إلى تاريخ سابق عليه، ومن ثم يتحقق إنشاء أو نقل الحقوق العينية الأصلية العقارية من وقت التسجيل وليس من وقت العقد[١].

(ب) دعوى صحة التعاقد ورجعية التسجيل:

مجرد تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد ليس من شأنه نقل الملكية العقارية من البائع إلى المشترى، عدم انتقالها إلا بشهر الحكم النهائى الصادر بصحة البيع إما بتسجيل هذا الحكم أو التأشير بمنطوقه فى هامش تسجيل الصحيفة، ينسحب أثر التسجيل إلى تاريخ تسجيل هذه الصحيفة[٢].

- تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد على بيع عقار ثم التأشير بمنطوق الحكم الصادر بصحته على هامش تسجيلها أو تسجيل الحكم.

التزام البائع بالضمان لا يجيز له طلب تثبيت ملكيته للعقار المبيع فى مواجهة المشترى لمجرد أنه لم يسجل عقد شرائه. (الطعن رقم ٥٠٨٣ لسنة ٦٣ق، جلسة ١٩٩٥/١/٢٩)

(١) نقض ٦٦/٣/٢٤ س ١٧ص ٧٠٨.

مؤدى نص المادتين ٩، ١٧ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى أن ملكية العقار لا تنتقل من البائع إلى المشترى إلا بالتسجيل — كما أن الأصل وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة — أن التسجيل لا يترتب عليه أثره إلا من تاريخ تسجيل العقد أو الحكم الذى من شأنه إنشاء حق الملكية أو أى حق عينى آخر على عقار ونقله وأن هذا الأثر لا ينسحب إلى الماضى. (الطعن ٢٣١٩ لسنة ٥١ق، جلسة ١٩٨٦/١/٣٠)

(٢) الطعن رقم ٤٤٩٧ لسنة ٦٢ق، جلسة ١٩٩٤/١/٢٧.

ارتـــداد أثره إلى تاريخ تسجيل الصحيفة. مؤداه. اعتبار حق المشترى حجة على كل من ترتبت له حقوق عينية على العقار من تاريخ تسجيل صـــحيفة الدعوى سواء كانت هذه الحقوق قد تقررت بتصرف رضائى أو نتيجة إجراءات تنفيذ عقارى[1].

• تســـجيل صحيفة دعوى صحة ونفاذ عقد البيع. حجة على من تـــرتبت لهـــم حقـــوق عينية على ذات المبيع. شرطه. التأشير بالحكم الصـــادر فى الدعوى على هامش هذا التسجيل خلال خمس سنوات من صيرورته نهائيًا[2].

• تســـجيل المدعية صحيفة دعوى صحة التعاقد فى تاريخ سابق علـــى شهر عقد بيع صادر من نفس البائع لمشتر آخر. صحة القضاء للمدعية بصحة ونفاذ عقدها. قيامها بشهر الحكم الصادر لها يترتب عليه انسحاب أثر الشهر لتاريخ تسجيل صحيفة الدعوى[3].

• مغايـــرة حـــدود المبـــيع فى صحيفة دعوى صحة التعاقد لتلك الـــواردة بعقـــد البـــيع. لا يحول دون قيام الأثر المترتب على تسجيل الصحيفة طالما أن المغايرة ليس من شأنها التجهيل بحقيقة المبيع[4].

(ج) التسجيل لا يطهر عيوب العقد:

يشـــترط لكى ينقل التسجيل الملكية أن يكون العقد صحيحًا صادرًا مـــن مالك العقار وغير صورى. تعبر محكمة النقض عن ذلك بقولها: "الملكية لا تنتقـــل بالتسجيل وحـــده، وإنما تنتقل بأمرين: أحدهما أصلى أساســـى وهـــو العقـــد الصـــحيح الناقـــل للملكية، وثانيهما تبعى وهو التسجيل، وإذن فالعقد الباطل أو الصورى لا يصححه التسجيل[5].

---

(١) الطعن رقم ٢٧٢٤ لسنة ٥٩ق، جلسة ١٩٩٢/١/٣٠.

(٢) الطعن رقم ٤٣٣ لسنة ٥٧ق، جلسة ١٩٩٢/١/١٥.

(٣) الطعن رقم ٣٣٥٢ لسنة ٦٠ق، جلسة ١٩٩٥/٤/٥.

(٤) الطعن رقم ٣٣٥٢ لسنة ٦٠ق، جلسة ١٩٩٥/٤/٥.

(٥) الطعن رقم ٣٥س ٥٧ق جلسة ١٩٩٥/١٢/٢١.

(د) أهمية شهر دعاوى الطعن فى التصرف:

أوجب المشرع التأشير فى هامش سجل المحررات الواجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف الذى يتضمنه المحرر وجودًا أو صحة أو نفاذًا، كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع. فإذا كان المحرر الأصلى لم يشهر، تسجل تلك الدعاوى وتحصل التأشيرات بعد إعلان صحيفة الدعوى وقيدها بجدول المحكمة. ويؤشر بمنطوق الحكم النهائى فى تلك الدعاوى فى ذيل التأشير بالدعوى أو فى هامش تسجيلها. يترتب على تسجيل الدعوى أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤشر به طبقًا للقانون، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعوى أو التأشير بها، ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل[١].

(هـ) شهر التصرفات والأحكام الكاشفة:

إن جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية، يجب كذلك تسجيلها، ويترتب على عدم التسجيل أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير[٢].

ولعل أبرز تطبيق لذلك هو القسمة، حيث تقرر محكمة النقض بأنه بمجرد حصول القسمة وقبل تسجيلها يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكًا ملكية مفرزة للجزء الذى وقع فى نصيبه دون

حق ملكية العقار لا ينتقل فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير إلا بالتسجيل إلا أنه من المقرر أن فاقد الشيء لا يعطيه وأن التسجيل لا يصحح العقد الباطل فإذا كان الحكم الصادر بصحته ونفاذه من بائع لم يكن قد انتقلت إليه الملكية لعدم تسجيل عقد شرائه فإنه لا يكون من شأن تسجيل العقد على هذه الصورة اعتبار المشترى مالكًا. (الطعن ١٥٠٢ لسنة ٥٢ق، جلسة ١٩٨٦/٦/١٥)

(١) م ١٥، ١٦، ١٧ من قانون الشهر العقارى.

(٢) م ١٠ من قانون الشهر العقارى.

غيـره مـن أجزاء العقار المقسم، إلا أنه لا يحتج بهذه الملكية المفرزة على الغير إلا إذا سجلت القسمة[1].

(و) المفاضلة عند تزاحم المشترين بأسبقية الشهر:

تـذهب محكمـة النقض إلى إطلاق أثر التسجيل ولو حدث نتيجة غـش أو تواطؤ. وتقرر بأن إجراء المفاضلة عند تزاحم المشترين فى شـأن عقـار واحد يكون على أساس الأسبقية فى الشهر ولو نسب إلى المشـترى الذى بادر بالشهر التدليس أو التواطؤ مع البائع طالما أنه قد تعاقـد مـع مالك حقيقى لا يشوب سند ملكيته عيب يبطله. أسبقية تقديم الطلـب لجهـة الشهر لا أثر لها. ادعاء حصول التسجيل السابق نتيجة غـش أو تواطـؤ بـين مـن تم لصالحه وبين موظف الشهر العقارى

---

(١) نقض ١٩٨١/٤/٢٨ س ٣٢ ص ١٣٠٤.

وهـناك تطبـيق آخر بمناسبة حكم مرسى المزاد: إذ كانت ملكية العقار الذى يباع جبـرًا ــ لا تنـتقل من مالكه إلى المشترى بالمزاد إلا بتسجيل حكم إيقاع البيع طـبقًا للمادة ٩ من قانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦، وكان الثابت بالأوراق أن حكم مرسى المزاد الصادر من محكمة طنطا الابتدائية بتاريخ ٢٨/ ١٩٦٧/١٢ فـى دعوى البيوع رقم .... لم يتم تسجيله إلا بتاريخ ١٩٧٦/٢/٢٦ ـــ بعـد وفاة المورث ــ ومن ثم فإن الأرض التى جرى التنفيذ عليها بموجب ذلك الحكم لم تخرج عن ملك المورث وتدخل بالتالى ضمن أصول التركة، ولا يغيـر من ذلك أن يكون تنبيه نزع الملكية قد سجل قبل الوفاة لأن هذا التسجيل وإن ترتب عليه اعتبار الأرض محجوزة إلا أنه لا يؤدى بذاته إلى خروجها من ملكـية المـورث المحـجـوز عليه. (الطعن ١٤٨٨ لسنة ٥٠ق، جلسة ٢/٣/ ١٩٨٦).

إيقـاع البـيع للراسـى علـيه المزاد. ماهيته. بيع ينعقد فى مجلس القضاء وتحت إشـرافه. وجوب تسجيل الحكم الصادر بإيقاع البيع لانتقال الملكية إلى الراسى عليه المزاد. مؤدى ذلك. تسجيل حكم مرسى المزاد تترتب عليه الآثار المترتبة على عقد البيع الاختيارى وتسجيله. (الطعن رقم ٩٩١ لسنة ٦١ق، جلسة ٦/٢٣/ ١٩٩٢)

المختص. عدم مراعاة المواعيد والإجراءات المنصوص عليها فى المادتين ٣٣، ٣٤ من القانون ١١٤ لسنة ١٩٤٦. لا يترتب عليه بطلان الشهر [١].

(ز) القيد فى السجل العينى:

يقوم قانون الشهر العقارى على نظام الشهر الشخصى، ورغم صدور قانون السجل العينى إلا أنه لم يدخل بعد حيز التنفيذ الفعلى إلا فى مناطق محدودة.

يترتب على إعمال هذا النظام أن الحقوق العينية العقارية لا تنشأ ولا تنتقل فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير إلا بالقيد فى السجل العينى. وهذا القيد لا يكمل العقد، كما هو الحال فى ظل نظام الشهر الشخصى، بل يعتبر وحده مصدر الحق العينى. وتكون للقيد حجية

---

(١) الطعن رقم ٥٠٨ لسنة ٥٧ق، جلسة ١٩٩٥/٥/٢١.

الملكية ـ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ـ تنتقل بالتسجيل ولو نسب إلى المشترى الذى بادر بالتسجيل التواطؤ مع البائع طالما أنه قد تعاقد مع مالك حقيقى لا يشوب سند ملكيته عيب يبطله. لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقضى برفض دعوى الطاعن وذهب إلى بطلان عقد البيع آنف الذكر الصادر له وبطلان تسجيل صحيفة دعواه واجتزأ الحكم فى ذلك بالقول بأن هناك تواطؤا بين الطاعن والبائعين له ودون أن يشير الحكم فى تقريراته إلى أن العقد المذكور عقد صورى غير جدى فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وشابه القصور فى التسبيب. (نقض ١١/٣٠/ ١٩٨٣ س ٣٤ص ١٧٤٧).

تمسك الطاعنين بأن المحرر موضوع النزاع والذى قدموه للشهر بتاريخ ٩/٢٩/ ١٩٨١ هو الذى سبق أن قدمت بشأنه طلبات بأسبقيته. إطراح الحكم هذا الدفاع قولاً منه بأن طلبات الشهر السابقة قد سقطت بمضى المدة واعتبرت كأن لم يكن فى حين أن أثر سقوط هذه الطلبات مقصور على أسبقية التسجيل ولا يتعداها إلى أثر إثبات مضمونها. مخالفة للقانون وخطأ فى تطبيقه وإخلال بحق الدفاع. (الطعن رقم ٣٩٦٢ لسنة ٦١ق، جلسة ١٩٩٤/٢/١)

مطلقة حيث يصبح الحق المقيد غير قابل للطعن، ولا يجوز اكتسابه بالتقادم[1]. ويترتب على قيد العقار فى السجل العينى تطهيره من جميع الحقوق غير المقيدة أيًا كان سبب عدم القيد[2].

---

(١) القيد فى السجل العينى له قوة مطلقة فى الإثبات. أثر ذلك. حظر التملك بالتقادم فى مواجهة الحقوق المقيدة به. (الطعن ١٤٧٤ لسنة ٥٨ق، جلسة ٧/٢٨/ ١٩٩٢)

(٢) قانون السجل العينى ١٤٢/١٩٦٤.

القيد فى السجل العينى له قوة مطلقة فى الإثبات. أثر ذلك. حظر التملك بالتقادم فى مواجهه الحقوق المقيدة به. الحقوق المستقرة فى ظل قانون الشهر العقارى استنادًا إلى وضع اليد المكسب للملكية. جواز قيدها فى السجل العينى متى رفعت الدعوى أو صدر حكم فيها خلال خمس سنوات من تاريخ سريان نظام السجل العينى على القسم المساحى الذى يوجد بدائرته العقار. (الطعن رقم ١٤٧٤ لسنة ٥٨ق، جلسة ١٩٩٢/٧/٢٨)

يدل النص فى المادة الثانية من قانون إصدار نظام السجل العينى بالقانون ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ وفى المواد من ١٠ إلى ٢٥ والمادتين ٣٧، ٣٨ من ذلك القانون — وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية — على أن القانون جعل حجر الزاوية لنظام السجل العينى أن يكون للعقد فيه قوة مطلقة فى الإثبات ورتب على ذلك حظر التملك بالتقادم فى مواجهة الحقوق المقيدة بالسجل. غير أنه احترامًا لوضع اليد المستقر فى ظل قانون الشهر العقارى نظم طريقة القيد فى السجل لأول مرة بالنسبة لمن تملك العقار بالتقادم قبل العمل بنظام السجل العينى، وأجاز رفع الدعاوى والطلبات للجان القضائية التى أنشأها لتفسير بيانات السجل، كما نص على فترة انتقال يجوز خلالها قيد الحقوق استنادًا إلى وضع اليد المكسب للملكية متى رفعت الدعوى أو صدر الحكم فيها خلال خمس سنوات من تاريخ سريان نظام السجل العينى على القسم المساحى الذى يوجد بدائرته العقار. (الطعن ١٤٧٤ لسنة ٥٨ق، جلسة ١٩٩٢/٧/٢٨)

الدعاوى المتعلقة بحق عينى عقارى فى مفهوم القرار بقانون ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ بنظام السجل العينى، شمولها دعاوى الاستحقاق. منها دعوى الاستحقاق عن طريق الميراث أو دعوى الإرث. ماهيتها. تلك التى يرفعها الوارث الحقيقى بعد

(ح) العبرة بالعقد النهائى:

مـــن المقـــر فى قضاء هذه المحكمة أن ملكية العقار لا تنتقل إلا بالتســـجيل وأن عقـــد البـــيع النهائـــى دون العقـــد الابتدائى هو قانون المـــتعاقدين، فـــإن خلا ذلك العقد النهائى من شرط أو بيان وارد بالعقد الابتدائى مفاده تخلى المتعاقدين عن هذا الشرط أو البيان(1).

قـــيد حـــق الإرث فـــى الســـجل العينى لوارث ظاهر مطالبًا باستحقاقه العقار المـــوروث. اختلافها بهذه المثابة عن الدعوى التى يرفعها الوارث الحقيقى على الحائـــز مطالـــبًا باســـتحقاق العقار الموروث. (الطعن رقم ١٣١٢ لسنة ٦١ق، جلسة ١٩٩٦/٣/١٣)

دعـــوى الاســـتحقاق عـــن طريق الميراث أو دعوى الإرث. شرط قبولها. تضمن الطلـــبات فيها طلب تغيير بيانات السجل العينى الواردة فى قيد حق الإرث بما يفـــيد أن الوارث الحقيقى هو المالك للعقار وليس الوارث الظاهر والتأشير بهذه الطلـــبات أمـــام بـــيانات الســـجل المشار إليها وتقديم شهادة دالة على حصول التأشير. (الطعن رقم ١٣١٢ لسنة ٦١ق، جلسة ١٩٩٦/٣/١٣)

(١) الطعن رقم ٥٩٠ لسنة ٥٢ق، جلسة ١٩٨٦/٢/٢٣.

الفصل الخامس
الالتصــاق

تعريف وتقسيم:

الالتصـــاق هـــو اندماج شيئين متميزين مملوكين لمالكين مختلفين دون اتفـــاق بيـــنهما علـــى هذا الاندماج. يؤدى اندماج أحد الشيئين فى الآخر إلى أن يصبح كلاهما شيئًا واحدًا ويتعذر الفصل بينهما دون تلف، ويترتب على ذلك بالضرورة إسناد ملكية الشيء كاملاً بعد الاندماج إلى أحـــد المالكـــين. وعلـــى هذا فالاندماج كواقعة مادية يكون سببًا لكسب الملكـــية، وهـــو سبب قائم بذاته يفيد كسب مالك الشيء الأصلى للشيء الذى التصق به.

يتضح من ذلك أن الالتصاق كسبب لكسب الملكية له عدة مقومات:

(١)أن يقع اندماج أو اتحاد بين شيئين ماديين متميزين، فلا يوجد التصاق حيث يجرى على شيء إصلاح أو تحسين لأن الإصلاحات أو التحســينات لا تعتبر شيئًا متميزًا عن الشيء، ومن ثم لا تسرى عليها أحكــام الالتصاق بل تطبق قواعد المصروفات أى رد ما يصرف على ملـــك الغير. كذلك الثمار والمنتجات، فهى ليست متميزة عن الشيء بل هى جزء منه وتعد من ملحقاته حيث تتولد عنه، لذا تطبق عليها أحكام الثمار والمنتجات وليس الالتصاق.

(٢)أن يكـــون الشـــيئان مملوكين ــ عند التصاقهما ــ لشخصين مختلفـــين، فـــإذا كان الشيئان مملوكين لنفس المالك، كمن يقيم بناء فى أرضـــه بمالـــه، فإن الملكية تكون كاملة له دون حاجة إلى الحديث عن الالتصاق.

(٣)عدم وجود اتفاق بين المالكين على الالتصاق، أى أن الاندماج بـــين الشيئين يتم دون رضاء أحد المالكين أو كلاهما. وإذا وجد اتفاق سابق على الاندماج، كالمقاولة، طبقت أحكامه دون أحكام الالتصاق.

(٤)أن يتحد الشيئان على نحو يتعذر الفصل بينهما دون تلف، فلا يتحقق ذلك فى حالة الكنز أو المنقولات المخصصة لخدمة عقار (العقار

بالتخصـــيص) ولا تطبق أحكام الالتصاق، حيث إننا بصدد أشياء يمكن فصلها عن الأرض.

(٥)أن نوجد بصدد شيئين أحدهما أكبر أهمية من الآخر، أى شيء أصـــلى وشيـــء تابـــع. ويترتب على الاندماج أن يصبح مالك الشيء الأصلى مالكا للشيء التابع الذى اندمج به، هذا مع تعويض مالك الشيء التابع عن فقد ملكيته.

ويحدث الالتصاق فى حالتين:

(١) التصاق منقول بعقار،

(٢) التصاق منقول بمنقول.

وفـــى الحالة الأولى، إما أن يكون التصاق المنقول بالعقار طبيعيًا، أى دون تـــدخل يد الإنسان كما هو شأن التصاق الطمى بالأرض بفعل المـــياه، وإما أن يكون التصاقًا صناعيًا بفعل الإنسان كما فى حالة إقامة المنشآت على الأرض.

وعلى هذا نقسم دراستنا إلى مباحث ثلاثة:

المبحث الأول: الالتصاق الطبيعى بالعقار.

المبحث الثانى: الالتصاق الصناعى بالعقار.

المبحث الثالث: التصاق المنقول بالمنقول.

المبحث الأول
الالتصاق الطبيعى بالعقار

يحدث الالتصاق الطبيعى بفعل الطبيعة ودون تدخل الإنسان، ويتحقق ذلك فى حالة زيادة مساحة الأرض بسبب التعديلات التى تحدثها المياه بها، سواء أكانت مياه البحر أو مياه النهر الراكدة فى البحيرات والبرك.

(أ) طمى النهر:

الأرض التى تتكون من طمى يجلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة تكون ملكا للملاك المجاورين[1].

---

(١) م ٩١٨ مدنى.

إذا كانت دعوى المطعون عليهن بطلب تثبيت ملكيتهن للأرض الملتصقة بأطيانهن مؤسسة على أن هذا الالتصاق كان نتيجة لطمى جلبه نهر النيل مما يلقى على عاتقهن عبء إثبات توافر شروط التملك فى هذا النوع من الالتصاق على النحو الوارد بدعواهن وهى الشروط المستفادة من نص المادة ٦٠ من القانون المدنى القديم، ومن بينها أن يتكون الطمى بصفة نهائية وتكون الأرض الملتصقة نتيجة للطمى قد بلغت من الارتفاع حدًا يجاوز منسوب ارتفاع المياه فى وقت الفيضان العادى، وكان لا يبين من أسباب الحكم المطعون فيه أنه اعتد بهذا الشرط فى قضائه للمطعون عليهن بملكية جميع الأرض التى أوردها الخبير فى تقريره، فإن الحكم المطعون فيه يكون معيبًا بما يستوجب نقضه. (نقض ١٩٦٠/١٢/١١ س ١١ ص ١٤٨)

إذا كانت أراضى النزاع قد حولها النهر من مكانها ثم انكشف عنها فى مرحلة تالية فإنها تخضع لأحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ــ الذى ظهر الطرح فى ظله ــ والذى ينص فى المادة ١١ منه على أن أراضى طرح النهر تكون من الأموال الخاصة للدولة وفى المادة ١٤ على أن أصحاب أكل النهر يعوضون نقدًا لا عينًا، وفى المادة ١٥ على أن يقدم صاحب أكل النهر طلب التعويض إلى المحافظة الكائن فى دائرتها الأكل. ومن ثم فإن أطيان النزاع إن كان قد شملها تنبيه نزع الملكية كأرض أكلها النهر وغير موجودة فى الطبيعة ثم فى

=

يملك مالك الأرض الملاصقة للنهر الأرض التى تتكون مما يرسيه النهـر من طمى. وتتحقق الملكية هنا نتيجة الالتصاق الذى يحدث بفعل الطبـيعة، حـيث يترسب الطمى بطريقة تدريجية غير محسوسة على جانبى النهر مما يسبب زيادة فى مساحة الأراضى الواقعة على ضفتيه، وتمتد ملكية أصحاب هذه الأراضى إلى هذه الزيادة.

يتضـح مـن ذلـك أن الـتملك فى هذه الحالة يقتضى توافر عدة شروط.

(١) أن تـتكون الـزيادة فـى الأرض عن طريق الطمى بطريقة تدريجـية، حـيث يترسـب طمى النهر بشكل غير محسوس على فترة طويلة من الزمن على الأرض المجاورة لمجراه.

(٢) أن يكـون هـناك التصاق حقيقى وتام بين الزيادة التى حدثت نتـيجة ترسـيب الطمى والأرض المجاورة، فإذا كان هناك فاصل ولو ضئيل بينهما، كطريق أو مجرى مائى، فلا يتحقق الالتصاق ولا يتملك مالك الأرض الأصلية أرض الطمى المنفصلة.

(٣) أن تحـدث الـزيادة بصـورة طبيعـية تلقائية دون تدخل من الإنسـان، كما لو قام الشخص بعمل أشياء تساعد على ترسيب الطمى

الفترة التالية لتسجيل هذا التنبيه طرحها النهر وظهرت ثانية على الطبيعة، فإنه لا يحق للمدين المنفذ عليه ولا للطاعنة الصادر لها حكم مرسى المزاد امتلاكها قانـونا. لمـا كـان ذلك وكانت الطاعنة لم تدع أن أرض النزاع قد تكونت من طمى جلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة فتكون ملكا للملاك المتجاورين حسبما تنص على ذلك المادة ٩١٨ من القانون المدنى، فإن الحكم المطعون فيه إذ خلص إلى أن الطاعنة لا تمتلك تلك الأرض لعدم اشتمال حكم مرسى المزاد علـيها مـرتبًا على ذلك قضاءها برفض دعواها بتثبيت الملكية، يكون قد التزم صحيح القانون. (نقض ١٩٨٠/٦/٢٩ س ٣١ ص ١٨٧٢)

بجانب ارضه، فإن ذلك يعد اعتداء على مجرى النهر، ولا يتملك الزيادة التى حدثت بفعله[1].

فـــإذا تحققـــت هذه الشروط تملك صاحب الأرض الزيادة وتصبح جـــزءًا مـــن ملكه وتأخذ نفس حكم الأرض الأصلية، ولا يجوز للدولة حرمانه منها إلا عن طريق نزع الملكية.

(ب) طرح النهر وأكله:

"إن النهر، فى أوقات فيضانه الشديد، قد يحول جزءًا من الأرض عـــن مكانه إلى مكان آخر، فى نفس الضفة أو فى الضفة المقابلة، وقد ينكشـــف النهر عن أرض كانت جزءًا من مجراه، ويغمر أرضًا أخرى فتتحول مجرى له، وقد يُكون الطمى فى وسط مجراه جزرًا ترتفع عن أعلـــى منســـوب المياه، فتظهر أرضًا فى وسط الماء الذى يحيطها من جمـــيع الجهات. وقد تتكون هذه الجزر عن طريق تحويل النهر أرضًا مـــن مكانهـــا والقذف بها فى وسط المجرى، فتعلو على منسوب المياه وتصـــبح جـــزرًا فـــى مجرى النهر. وهذه العمليات جميعًا — تحويل

---

(١) المـــادة ٦٠ مـــن القانون المدنى القديم — والتى تقابل المادة ٩١٨ من القانون المدنـــى الحالى — لا تشترط لتملك مالك الأرض التى على ساحل النهر الزيادة التـــى يضـــيفها إليها طمى النهر أن تكون هذه الزيادة من فعل الطبيعة وحدها وإنمـــا يكفى أن تكون زيادة طبيعية أى تكونت بطريقة تدريجية غير محسوسة وإن ســـاهم الإنســـان بفعله فى تكوينها ما دام هذا الفعل لا يعد فى ذاته اعتداء علـــى مجرى النهر أو على حقوق المنتفعين من مياهه ولم يقصد به إلا حماية أرضـــه من غوائل الفيضان لا ترسيب ما علق من الطمى بمياه النهر بالإسراع فـــى تكـــون أرض منه ولا يؤثر فى حق الطاعن فى تملك الزيادة التى يضيفها طمى النهر بطريق الالتصاق الطبيعى لأرضه أن يكون قد استأجرها خشية أن تضـــيع علـــيه ثمـــرة جهـــده وماله أو اعتقادًا منه أنه يستأجر ملك غيره، لأن اســـتئجار الإنســـان عيـــنًا مملوكة له لا يسقط حقه فى ملكيتها. (نقض ٢٥/٣/ ١٩٦٩، س ٢٠ ص ٤٦٩).

الأرض مـــن مكانها والانكشاف عنها وتكوين الجزر ـــ تتضمن ظهور أرض جديدة فى مكان لم تكن فيه، وهذا ما يسمى بطرح النهر، واختفاء أرض عن المكان الذى كانت فيه من قبل وهذا ما يسمى بأكل النهر".

وتخضع ملكية الأراضى التى يحولها النهر من مكانها أو ينكشف عنها، والجزائر التى تتكون فى مجراه لأحكام القوانين الخاصة بها[1].

وقـــد اعتبر المشرع أراضى طرح النهر، وهى الأراضى الواقعة بين جسرى نهر النيل وفرعيه التى يحولها النهر من مكانها أو ينكشف عـــنها والجزائـــر التى تتكون فى مجراه من الأراضى المملوكة ملكية خالصة للدولة.

وفـــى مقابل ذلك إذا كان ملاك الأراضى التى أكلها النهر يفقدون ملكية هذه الأراضى، فالدولة تعوضهم عما أكل النهر من أرضهم لأنها هى التى تتملك أرض طرح النهر.

وتتولـــى الهيـــئة العامة للإصلاح الزراعى تأجير هذه الأراضى والتصرف فيها[2].

(ج) الأرض التـــى ينكشـــف عـــنها البحر والمياه الراكدة والبحيرات والبرك:

الأرض التـــى ينكشـــف عنها البحر تكون ملكًا للدولة. ولا يجوز التعدى على ارض البحر إلا إذا كان ذلك لإعادة حدود الملك الذى طغى عليه البحر[3].

وعلـــى هـــذا فـــإن الدولة تمتلك الزيادة الحاصلة بفعل البْحر فى الأراضى المجاورة له، وتنشأ هذه الزيادة نتيجة انحسار مياه البحر عن جزء من الأرض.

---

(١) م ٩٢١ مدنى.

(٢) م ١١: ٢١ من القانون ١٠٠/١٩٦٤.

(٣) م ٩١٩ مدنى.

وإذا طغـت مياه البحر على الأراضى المجاورة وغمرتها بالمياه، فإن ذلك لا يفقد أصحاب هذه الأراضى ملكيتها بل يستبقون ملكيتهم لها، ويحق لهم أن يعملوا لإعادة حدود الملك الذى طغى عليه البحر.

وفـيما عدا ذلك فإنه لا يجوز التعدى على أرض البحر ولا على شواطئه لأنها من الأملاك العامة للدولة.

ونفـس الحكـم بالنسبة لأراضى البرك والبحيرات حيث إن ملاك الأراضى الملاصقة للمياه الراكدة كمياه البحيرات والبرك لا يملكون ما تنكشـف عـنه هذه المياه من أراضى، ولا تزول عنهم ملكية ما تطغى عليه هذه المياه[1].

والمقصـود هو البحيرات والبرك المملوكة للدولة[2]، ومن ثم فإن الالتصـاق بفعل المياه الراكدة، كالبحيرات والبرك يكون بانكشاف هذه

---

(١) م ٩٢٠ مدنى.

(٢) يختلف الحكم بالنسبة للبرك والمستنقعات المملوكة للأفراد.

لمـا كان مفاد نصوص المادتين ٣، ٥ من العسكرى رقم ٣٦٣ سنة ١٩٤٣ والمادة الثانـية مـن القانون رقم ٧٦ سنة ١٩٤٦ والمادة الأولى من القانون رقم ١٧٧ سـنة ١٩٦٠ ــ والمـادة الأولـى مـن القانون رقم ٩٧ سنة ١٩٦٤ أن ملكية أراضـى البرك التى ردمتها الدولة بالتطبيق لأحكام الأمر العسكرى رقم ٣٦٣ سـنة ١٩٤٣ تظـل لأصحابها الذين لم يتنازلوا عنها متى قاموا بسداد تكاليف ردمها قبل العمل بالقانون رقم ٩٧ سنة ١٩٦٤ وإلا آلت ملكيتها إلى الدولة منذ العمل بهذا القانون،وكان الحكم المطعون فيه قد خلص ــ وبغير نعي مقبول من الطاعـنة ــ إلـى أن الأرض محل النزاع كانت بركة تم ردمها فى ظل العمل بالأمـر العسـكرى رقـم ٣٦٣ سـنة ١٩٣٤ المشار إليه، فإنه إذا اعتد بسداد المطعـون ضدهما الأولين لتكاليف الردم الحاصل قبل العمل بالقانون رقم ٩٧ سـنة ١٩٦٤ ورتب على ذلك بقاء الملكية لهما يكون قد التزم صحيح القانون. (الطعن ١٦٤٩ لسنة ٥٢ق، جلسة ١٩٨٦/٣/٢٠).

الـنص فـى المـادة الأولـى مـن القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٦٠ فى شأن البرك والمسـتنقعات يدل ــ وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية ــ أن الأصل

فـــى نقـــل ملكية أراضى البرك والمستنقعات المملوكة للأفراد إلى ملكية الدولة يكون بنزع ملكيتها للمنفعة العامة طبقا للإجراءات المنصوص عليها فى قانون نزع الملكية رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ غير أن المشرع ارتأى استثناء من الأصل لاعتبارات تتعلق بالصالح العام أن تؤول ملكية هذه الأراضى إلى الدولة بطريق الاســتيلاء الفعلى عليها ومن قبل أن تتخذ إجراءات نزع ملكيتها قصدًا إلى ردم أو تجفــيف البرك والمستنقعات الواقعة بها بنفقات تتحملها الخزانة العامة تحقيقًا لمصلحة المواطنين وحماية لهم من انتشار الأوبئة والأمراض فتنتقل ملكية هذه الأراضـــى إلى الدولة بمجرد قيامها بردمها ويسرى هذا الحكم بأثر رجعى من ٢٢ يوليه سنة ١٩٤٦ تاريخ العمل بأحكام القانون السابق رقم ٧٦ لسنة ١٩٤٦ وذلـــك فـــى مقابل تعويض الملاك لهذه الأراضى بقيمتها الحقيقية قبل البدء فى أعمال الردم.

يشترط لاعتبار الأراضى من البرك والمستنقعات التى تقرر ردمها وأيلولة ملكيتها إلـــى الدولـــة طـــبقًا للنص آنف البيان أن يصدر قرار من وزير الشئون البلدية والقـــروية بتحديد مواضع وحدود هذه الأراضى ينشر فى الجريدة الرسمية، كما أجـــاز القانون لملاك تلك الأراضى استرداد ملكيتها خلال سنة من تاريخ نشر هـــذا القرار مقابل أداء قيمتها بعد ردمها أو تكاليف ردمها أيهما أقل، ولما كان بـــيان حقيقية واقع أرض النزاع وما إذا كانت فى الأصل بركة ردمتها الحكومة فأصـــبحت من الأموال العامة بانتقال ملكيتها إلى الدولة أم أنها ليست كذلك من المســـائل الواقعـــية التى تستقل بها محكمة الموضوع دون رقابة عليها لمحكمة الـــنقض فى ذلك بشرط أن يكون استخلاصها سائغا يرتد إلى ما له أصل ثابت بـــالأوراق ومـــن شـــأنه أن يؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها حكمها بما يكفى لحمل قضائه. (الطعن ٣٧٣٦ لسنة ٥٨ق، جلسة ١٩٩٠/٧/١٩)

تمســـك الطاعنـــين بـــأن أرض النزاع أرض زراعية ولمتكن فى الأصل بركة أو مســـتنقع ردمته الحكومة. طرح الحكم المطعون فيه لهذا الدفاع وقضاؤه برفض الدعـــوى دون اســـتظهار طبيعة الأرض. قصور وفساد فى الاستدلال. (الطعن رقم ٥٣٦ لسنة ٦٠ق، جلسة ١٩٩٤/٦/١٢)

أراضـــى البـــرك والمستنقعات. للحكومة الحق فى ردمها أو تجفيفها واسترداد ما أنفقـــته باتباع إجراءات نزع الملكية أو الاستيلاء عليها بإجراءات بديلة ليس من

المياه عن أرض كانت قد طغت عليها من قبل فترجع لصاحبها، **أما إذا انكشــفت عــن أرض لم تكن مملوكة لأحد فإن هذه الأرض تكون ملكا** للدولة.

بيــنها تنازل أصحابها عنها. الاستثناء. أراضى البرك التى ردمت تطبيقًا للأمر العسكرى رقم ٣٦٣ لسنة ١٩٤٣.

أراضـــى البـــرك والمستنقعات التى تم ردمها. حق أصحابها الذين لم يؤدوا تكاليف ردمها فى شرائها. م١٣ق٥٧ لسنة ١٩٧٨. استلزم القانون ألا يكون مالكوها قد سبق لهم التنازل عنها. ليس شرطًا طليقًا بل محكوم بالتطور التشريعى فى شأن ردم البـــرك وتجفيف المستنقعات. حق الدولة فى تملك الأراضى التى تم ردمها بطريقـــى نزع الملكية أو الاستيلاء. مؤداه. أن الدولة لم تكن بحاجة إلى تنازل أصحابها عنها. علة ذلك.

اســتيلاء الحكومة على أراضى البرك وردمها فى ظل الأمر العسكرى ٣٦٣ لسنة ١٩٤٣. لــيس قصـــده نزع ملكيتها جبرًا عن ملاكها. أثره. رفع يد المالك أو الحائــز عـــن الأرض المســـتولى عليها لانتقالها إلى الدولة لفترة محددة تنتهى بانتهاء الغرض من الاستيلاء دون نفى أو منع بقاء الأرض على ملك أصحابها. المواد الخامسة من الأمر العسكرى ٣٦٣ لسنة ١٩٤٣، والفقرة الثالثة من المادة الأولـــى مـــن القانون ١٧٧ لسنة ١٩٦٠ بعد تعديلها بالقانون ٩٧ لسنة ١٩٦٤ والثالثة عشر من القانون ٥٧ لسنة ١٩٧٨. مؤدى ذلك. لا محل لإعمال أثر هذا التـــنازل علـــى الأراضـــى التى تملكتها الدولة بموجب القوانين اللاحقة للأمر العسكرى سالف الذكر. (الطعن رقم ٩٨٠ لسنة ٥٩ق، جلسة ١٩٩٣/٦/٢٠)

المبحث الثانى
الالتصاق الصناعى بالعقار

(أ) تعريـــــف:

يــتحقق الالتصـــاق الصـــناعى بفعل الإنسان وتدخله حيث يندمج المنقول بالعقار على نحو يتعذر الفصل بينهما دون تلف. ويبدو ذلك فى حالـــة إقامـــة البـــناء أو الغراس أو المنشآت على الأرض بمواد غير مملـــوكة لصاحب الأرض. إن القاعدة فى هذه الحالة أن مالك الأرض هـــو الذى يمتلك ما التصق به من منقول مع حق مالك هذا المنقول فى الحصول على تعويض[1].

(ب) قرينة الملكيـــــة:

إن كـــل مـــا على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخـــرى يعتبـــر من عمل صاحب الأرض، وأنه أقامه على نفقته فيكون مملوكا له، ما لم يثبت غير ذلك[2].

---

(١) الأصـــل أن ملكية الأرض تستتبع ملكية ما يقام عليها من مبان بحكم الالتصاق مقابل تعويض من أقامها وفقا للأحكام التى أوردها المشرع فى هذا الخصوص.

لمالـــك الأرض الحـــق فـــى مطالبة من أقام بناء على أرضه بالريع طالما أن هذا الأخيـــر ينـــتفع بالمبنى، لا يغير من ذلك حق من أقام البناء فى التعويض الذى يقرره القانون. (نقض ١٩٨٣/٢/١٦، س ٣٥ ص ٤٨٢)

(٢) م ٩٢٢ مدنى.

إن مفـــاد نص المادة ٩٢٢ من القانون المدنى أن المشرع وضع فى الفقرة الأولى قـــرينة لصالح مالك الأرض هى أنه مالك لما فوقها وما تحتها وأجاز فى الفقرة الثانية للأجنبى أن يثبت عكس القرينة فإن أثبت أنه أقام المنشآت من ماله ولكن بغير اتفاق مع المالك على مصيرها تملك المالك هذه المنشآت بالالتصاق مقابل تعويض من أقامها وفقا للأحكام التى أوردها المشرع بهذا الخصوص وإن أثبت أنـــه خـــول مـــن المالك فى إقامتها وتملكها باتفاق امتنع التحدى عندئذ بقواعد الالتصـــاق. لمـــا كان ذلك وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه أقام قضـــاءه بتثبـــيت ملكية مورث المطعون عليها الأولى للمبانى موضوع النزاع =

يبــين النص الحكم العام فى ملكية ما يكون على الأرض أو تحتها مــن بناء أو غراس أو منشآت أخرى، فإن الظاهر هو كونها من عمل صاحب الأرض وأنه أقامها على نفقته فتكون بذلك مملوكة له، ومن ثم فوجود البناء أو الغراس أو غير ذلك ملتصقا بالأرض قرينة على ملكية مالــك الأرض لمــا التصق بأرضه. وهى قرينة تقبل إثبات العكس من مدعيه، فإن أثبت ذلك حُكم له وإن أخفق رفضت دعواه[1].

فــيجوز أن يقــام الدليل على أن أجنبيًا قد أقام هذه المنشآت على نفقــته، كما يجوز أن يقام الدليل على أن مالك الأرض قد خوّل أجنبيًا ملكية منشآت كانت قائمة من قبل، أو خوله الحق فى إقامة هذه المنشآت وتملكها[2].

علــى مجــرد أنه أقامها من ماله على أرض لا يملكها غير كاشف عن وجود اتفــاق مــع مالكة الأرض على ذلك مما يخالف قواعد الالتصاق فيما ترتبه من تملــك مالكة الأرض لما قام عليها من مبان لقاء تعويض المبانى فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وعاره القصور فى التسبيب. (الطعن ٩٦٢ لسنة ٥٢ق، جلسة ١٩٨٦/٥/٧).

(١) الــنص فــى المادة ٩٢٢ من القانون المدنى يدل على أنه يجوز للأجنبى إقامة الدليل على أنه أقام ما على الأرض من منشآت على نفقته وتملكها بعد أن خوله مالــك الأرض من الحق فى إقامتها فإذا تمسك من أقام تلك المنشآت بأن المالك خــوله إقامــتها على نفقته وتملكها وطلب تمكينه من إثبات ذلك بشهادة الشهود وخلــت أوراق الدعوى مما يحول دون ذلك أو يكفى لتكوين عقيدة المحكمة فى شأنه بما يغنى عن إجراء التحقيق وجب على المحكمة أن تجيب هذا الطلب فإذا لــم تعــرض لــه كان حكمها مشوبًا بالقصور والإخلال بحق الدفاع. (الطعن ٢٣٧٧ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٩١/٢/٢٨).

(٢) بشرط أن يصدر الإذن من المالك الحقيقى للأرض، حيث تقرر محكمة النقض بأنه لا يكفى طبقًا لقواعد الالتصاق حتى تتملك المطعون ضدها المبانى وهى لا تملــك الأرض المقامة عليها، أن تكون نفقة البناء من مالها أو تكون من باعتها الأرض وهــى ... قــد أذنت لها فى البناء، لما ثبت من مدونات الحكم أن هذه

-

حـــيث يجـــوز بمقتضى القانون أو الاتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها وما تحتها، إذ يجوز بالاتفاق تملك مـــا فوق السطح أو ما تحته مستقلاً عن السطح، ولا يعتبر هذا الاتفاق مخالفـــا للنظام العام. ويعتبر حق القرار وحق التعلى من ضروب ملكية مـــا فـــوق السطح. هنا يتم إعمال قواعد الاتفاق على العلاقة بين مالك الأرض وصـــاحب المنشآت، ولا مجال لإعمال حكم بالالتصاق كسبب لكسب الملكية(١).

(ج) حالات الالتصاق بسبب البناء أو الغراس:

يقـــيم القانـــون قـــرينة على أن كل ما على الأرض أو تحتها من منشـــآت من عمل مالك الأرض أقامه على نفقته، وعلى هذا فإن كل ما علـــي الأرض أو تحـــتها مـــن بناء أو غراس أو منشآت أخرى يكون مملوكا لصاحبها، وهذه القرينة بسيطة تقبل إثبات العكس(٢).

الأخيـــرة ليســـت هى مالكة الأرض، بل كانت وزوجها مستأجرين وحيازتهما لـــلأرض حيازة عارضة، وبالتالى فلا تنتج موافقتها على البناء أثرا فى التملك. (نقض ١٩٨٨/١/٢٨ س ٣٣ص ٣٦٧).

(١) وفـــى هـــذه الحالة لا يكون هناك مجال لإعمال حكم الالتصاق كسبب لكسب الملكـــية، وتبقى ملكية الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها من منشآت، وهو ما أجازته المادة ٣/٨٠٣ من القانون المدنى، لما كان ذلك، وكان الثابت من عقود الإيجـــار الصـــادرة مـــن المطعون ضدهم الثلاثة الأول الطاعنة والمستأجرين الســـابقين لهـــا أنهـــم قد صرحوا لهؤلاء المستأجرين بإقامة مبانى عليها تكون مملوكة لهم، ولهم حق إزالتها والاستيلاء عليها، كما ثبت من عقود الإيجار من الباطن الصادرة من الطاعنة لشركة مصر للبترول أنها تملك تلك المنشآت، فإنه لا محل للتحدى بأحكام الالتصاق، ولا يعيب الحكم إغفاله تطبيقها. (نقض ٢٧/ ٨٥/١٢ س ٣٥ ص ٢٢٨١) .

(٢) مفـــاد نص المادة ٩٢٢ من القانون المدنى أن المشرع وضع فى الفقرة الأولى من النص السالف قرينة قانونية تقضى بأن كل ما يوجد على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض وأنه الذى =

أى أن عـبء الإثبات أصبح على من يدعى ملكية بناء أو غراس أو منشـآت أخرى والأرض ليست له. فإذا أقام الدليل على أن صاحب الأرض هـو غيـر صاحب المنشآت، فلا تخلو الحال من أحد فروض ثلاثـة: إما أن يكون صاحب الأرض هو البانى بأدوات غيره، وإما أن يكون صاحب الأدوات هو البانى فى أرض غيره، وإما أن يكون البانى قد بنى فى أرض غيره وبأدوات غيره.

فـى هـذه الصور الثلاث جميعًا يملك صاحب الأرض المنشآت بالالتصـاق، سـواء كان هو الذى بنى بمواد غيره فى أرضه، أو كان البانـى أجنبيًا قد بنى فى الأرض بمواد مملوكة له أو مملوكة لشخص

أنشـأه علـى نفقته فيكون مملوكًا له. وهذه القرينة قابلة لإثبات العكس فأجازت الفقـرة الثانـية للأجنبى أن يقيم الدليل على أنه هو الذى أقام هذه المنشآت على نفقـته دون سـابق اتفـاق مع صاحب الأرض، فإذا نجح فى إثبات ذلك تملك صـاحب الأرض المنشـآت بالالتصاق مقابل أن يعوض صاحبها وفقًا للأحكام التـى أوردها المشرع فى هذا الخصوص كما يجوز للأجنبى أن يثبت أن هناك اتفاقـا بيـنه وبين صاحب الأرض على أن يتملك الأجنبى المنشآت المقامة من قـبل بأى تصرف ناقل للملكية وكذلك يستطيع الأجنبى أن يثبت أن هناك اتفاقًا بيـنه وبين صاحب الأرض يخوله الحق فى إقامة منشآت وتملكها وفى الحالتين الأخيـرتين حيث يوجد اتفاق على مصير المنشآت فإنه يجب إعمال هذا الاتفاق ويمتـنع التحدي بقواعد الالتصاق، وكان لا يكفى طبقًا لقواعد الالتصاق المشار إليها حتى يتملك الطاعن هذه المبانى المقامة على أرض المطعون عليها الثانية بمجـرد إثـبات أنه أقامها على نفقته إذ مقتضى هذه الحالة أن تصبح المطعون علـيها الثانـية المالكـة للأرض هى المالكة للمبانى بالالتصاق مقابل تعويض الطـاعن وذلك طبقًا للحالة الأولى المنصوص عليها فى الفقرة الثانية من المادة ٩٢٢ مـن القانون المدنى، وإنما يتعين على ما سلف بيانه حتي يتملك الطاعن هـذه المبانى أن يكون هناك اتفاق سابق بينه وبين المطعون عليها الثانية يخوله الحـق فـى إقامة المبانى وتملكها. (الطعن ١٥١٥ لسنة ٥٨ ق جلسة ٢/٢٤/ ١٩٩١؛ الطعن ٥٦٢ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٠/٦/٢٧).

ثالــث. وفى جميع الأحوال يجب على صاحب الأرض، فى مقابل تملك المنشآت أن يعوض صاحبها طبقا للأحكام الواردة فى القانون.

وقبل التعرض لتلك الصور الثلاث فى المطالب التالية، ينبغى علينا تحديــد نطــاق تطبيقها من خلال استعراض الشروط العامة المشتركة بينها.

المطلب الأول
نطاق تطبيق الالتصاق الصناعى بالعقار

يلــزم لتطبــيق قواعد الالتصاق على المنشآت المقامة على أرض الغير عدة شروط:

أولاً: وجود منشآت دائمة:

تطــبق أحكــام الالتصاق على حالات البناء والغراس والمنشآت المقامة على أرض الغير، أى أننا بصدد إنشاءات جديدة تضاف إلى ملك المالــك، لهــا كيان متميز وتقوم بذاتها ويمكن نزعها إذا أريد ذلك[١]، ويســتوى أن تكــون منشآت جديدة منفصلة عن غيرها أو إضافة إلى منشــآت قائمــة كــتكملة غراس قائم أو بناء طابق جديد فوق منزل أو إضافة جناح له.

أمــا الإصــلاحات والتحسينات وأعمال الحفظ والصيانة كالترميم والطلاء وتقوية الأساسات أو استصلاح الأرض وحفر قناة أو مصرف بهــا، فكــل ذلــك لا يخضع لقواعد الالتصاق بل يطبق بشأنه القواعد الخاصة بالمصروفات.

(١) إلا أن هــذا النزع لا يكون ممكنًا دون أن يلحق هذه المنشآت ضرر جسيم، أو كــان ممكنًا نزعها ولكن لم ترفع الدعوى باستردادها خلال سنة من اليوم الذى يعلم فيه مالك المواد أنها اندمجت فى هذه المنشآت. م ١/٩٢٣ مدنى.

ويلـــزم أن تكون المنشآت دائمة[1]. أما الخيام الصغيرة والأكشاك والصـــناديق ونحوها التى يقيمها أصحابها على أراضى الغير دون أن يكـــون مقصـــود إبقاؤها على الدوام، فإنها تكون ملكًا لأصحابها الذين أقامـــوها[2]. والأرض لصاحبها ولا تبقى هذه المنشآت المؤقتة فيها إلا بإذنه أو رضاه، ويكون له أن يطلب إزالتها فى أى وقت.

فهـــذه المنشـــآت الصـــغيرة والمؤقـــتة لا يكتسبها مالك الأرض بالالتصاق، بل تبقى ملكًا لمن أقامها، ويستطيع نزعها، بغض النظر عن حسن أو سوء نيته، بشرط أن يعيد الأرض إلى حالتها. ويحق لصاحب الأرض طلـــب إزالـــتها مـــع التعويض عما يكون قد أصابه من ضرر بسببها.

---

(١) تنطـــبق قـــواعد الالتصاق على المنشآت التى يقصد بإنشائها بقاؤها على وجه الـــدوام ســـواء كانـــت بناء أو غراسًا، ومن ثم فلا مجال لإعمال حكمها على المحاصيل الزراعية الدورية لما لها من نهاية معلومة. (نقض ١٩٦٣/٥/٢ ص ٦٣٨ ع ٢ ص ١٤)

إذا كـــان الثابت أن الأرض التى أتلف الزرع القائم عليها هى جزء من قطعة كان المجنـــى عليه استأجرها من المتهم عن مدة معينة، ثم امتنع المتهم عن تأجيرها لـــه، فاســـتمر هو واضعًا يده عليها، وزرعها قمحًا، وسكت المتهم حتى مضى علـــى بدء السنة الزراعية أكثر من ثلاثة أشهر ثم أقدم على إتلاف زرعها فإنه يعاقـــب على ذلك، لأن الزرع ملك لزارعه حتى يقضى بعدم أحقيته فى وضع يـــده على الأرض، وإذن فقد كان على المتهم صاحب الأرض أن يحصل أولا مـــن جهـــة القضـــاء على حكم بعدم أحقية الزارع فى وضع يده على الأرض ويتســـلمها منه، وعندئذ فقط يحق له القول بأن الزرع القائم عليها ملك له بحكم الالتصاق، أما قبل ذلك فإن حقه فى ملكية الزرع لا يكون حقًا خالصًا نهائيًا له بـــل معلقًا على وجود الزرع قائمًا فى الأرض وقت القضاء بعدم أحقية الزارع فى البقاء بها. (الطعن ١٨٨٩ لسنة ١٢ق، جلسة ١٩٤٢/١١/٣٠)

(٢) م ٩٢٩ مدنى.

ثانيًا: أن يكون من أقام المنشآت غير مالك للأرض:

يلـــزم لتطبيق قواعد التملك بالالتصاق أن يكون من أقام المنشآت غير مالك للأرض. وعلى هذا تسرى تلك القواعد على الحائز العرضى أو الحائـــز لـــلأرض بنية تملكها، سواء كان سيء النية أو حسن النية يجهـــل أن ســـند حـــيازته معـــيب، ومن ثم تطبق قواعد الالتصاق فى الفروض الآتية:

(١) إذا أقـــام المنـــتفع بناء على الأرض بعد الحصول على موافقة مالـــك الرقبة، عومل معاملة البانى حسن النية، وبدون هذه الموافقة فإنه يعد سيء النية لأن حق الانتفاع لا يخول صاحبه سوى الانتفاع بالشيء بحالته.

(٢) المالك الذى يبنى فى أرضه ثم تزول ملكيته بأثر رجعى بسبب إبطـــال سند الملكية أو فسخه، ويعامل معاملة البانى حسن النية. إلا إذا كـــان يعلـــم بســـبب الإبطال أو الفسخ فيعد سيء النية[1]. ونفس الحكم بالنسبة لمن تزول ملكيته بسبب تحقق الشرط الفاسخ، فهو حسن النية إلا إذا تحقق الشرط الفاسخ بخطأ منه.

---

(١) لقاضى الموضوع سلطة تامة فى استخلاص حسن النية وسوئها من مظانها فى الدعـــوى وبمـــا يستشفه من ظروفها وملابساتها وكان الحكم المطعون فيه فى اســـتخلاص ســـوء نية الطاعن عند إقامته المبانى على أرض النزاع من علمه بأنهـــا مملوكة للمطعون عليها وأنه لا يمكن تسجيل العقد الذى اشتراها بموجبه ومـــن أنه رغم صدور الحكم ٢٢٧ سنة ٧٤ مستأنف جنوب القاهرة الذى قضي بـــبطلان ذلك العقد فإنه استمر فى إقامة المبانى وإذ كان هذا الاستخلاص سائغا ومن شأنه أن يؤدى إلى ما رتبه عليه من تطبيق المادة ٩٢٤ من القانون المدنى فـــإن هـــذا النعى لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعيًا فى تقدير محكمة الموضوع للأدلـــة وهو ما لا يجوز أمام محكمة النقض. (الطعن ١١٥٢ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٨٧/١١/٢٥.

(٣) إذا أقــام الــبائع منشــآت فى الأرض المبيعة قبل تسجيل عقد البيع، أعتبر سيئ النية وتطبق عليه أحكام الالتصاق. فهو بالرغم من أن الأرض كانــت لا تــزال ملكــا له وقت البناء إلا أنه ليس له الحق فى إقامتها لالتزامه بتسليمها بالحالة التى كانت عليها وقت البيع[١].

وعلى العكس مما سبق فلا تطبق قواعد الالتصاق على كل من:

(١) البانى المشترى للأرض بعقد غير مسجل، فهو بالرغم من أنه لا يعتبــر مالكــا لأن الملكــية لا تنتقل إليه بالتسجيل، إلا أن عقد البيع الابتدائــى يعطــيه الحق فى تسليم الأرض المبيعة والانتفاع بها بكافة وجوه الانتفاع ومن ذلك حق البناء عليها، ويصبح البناء ملكًا له[٢].

وذهــبت محكمة النقض إلى عكس هذا الاتجاه الذى سبق أن تبنته وقــررت أن عقد البيع غير المسجل ــ وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمــة ــ وإن كــان لا يتــرتب علــيه نقل ملكية العقار المبيع إلى المشترى، إلا أنه يولد فى ذمة البائع التزامًا بتسليم المبيع، ويترتب على الــوفاء بهذا الالتزام أن يصبح المبيع فى حيازة المشترى، وله أن ينتفع بــه بجميع وجوه الانتفاع ومنها البناء على سبيل البقاء والقرار، إلا أن ملكــية هذه المبانى لا تنتقل إلى المشترى البانى بمجرد إبرام عقد البيع وإنمــا بشــهره، لأن حق القرار حق عينى من قبيل الملكية لا ينشأ ولا

---

(١) الالتصاق والالتحاق هما من الأسباب القانونية للملكية. فالبناء الذى يقيمه البائع على الأرض المبيعة قبل تسليمها يتبعها فى الملكية وتجرى عليه أحكام المادتين ٦٤، ٦٥ مدنى. (جلسة ١٩٣٢/١٢/٨ طعن رقم ٥٦ سنة ٢ق)

(٢) نقــض ١٩٥٠/١/١٢ س ٨ ص ١٦٦. وتحــولت محكمــة النقض عن ذلك وقررت أن عقد المبيع غير المسجل لا يترتب عليه تملك المشترى لما يقيمه من مــبان على الأرض المبيعة لأن حق القرار حق عينى من قبيل الملكية فلا ينشأ ولا ينــتقل إلا بالتسجيل، أما قبل التسجيل فإن ملكية المنشآت تكون للبائع بحكم الالتصاق، ويعامل المشترى معاملة البانى فى ملك الغير بحسن نية كما سنرى. نقض ١٩٨٦/٤/١٦ طعن ٨٧٩ س ٥١ق.

ينتقل وفقًا لحكم المادة التاسعة من قانون الشهر العقارى إلا بشهر سنده أما قبل ذلك فإن ملكية المنشآت تكون للبائع بحكم الالتصاق[1].

(٢) البناء الذى يقيمه الشريك فى الأرض الشائعة لا يعتبر من قبيل البناء فى ملك الغير ولا تطبق عليه قواعد الالتصاق بل يخضع لقواعد إدارة المال الشائع، فالشريك ليس له الحق فى إقامة منشآت على الأرض الشائعة إلا بموافقة أغلبية الشركاء، فإن أقروها أصبحت ملكًا للجميع مع التزامهم بتحمل نفقاتها كل بنسبة حصته، وإن رفضوها كان لهم طلب إزالتها أو القسمة وتصفية الوضع طبقًا لقواعد الإثراء بلا سبب.

وتقرر محكمة النقض بأنه إذا بنى الشريك فى جزء يعادل نصيبه، فليس للشركاء الآخرين سوى حق طلب القسمة أما إن بنى على ما يجاوز نصيبه كان من حقهم طلب الإزالة أو القسمة بطبيعة الحال.

وتضيف بأنه لئن كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة، أن لكل من الشركاء على الشيوع حق ملكية حقيقية فى حصته الشائعة، وأنه إذا تمكن أحدهم من البناء على جزء من العقار الشائع، فإنه لا يعد بانيًا فى ملك غيره، وكل ما للشريك الآخر أن يطالب من أقام البناء بقسمة

---

(١) نقض ١٩٩٤/١٢/٢٨ طعن ١٦٦٨ س ٥٩ق.

فإذا باع الأرض لمشتر ثان سبق إلى شهر عقده تملك هذا الأخير البناء بالالتصاق، وكذا إذا زال عقد شراء من أقام البناء إذ يلتزم برد العقار المبيع إلى البائع، ولا يحول دون ذلك وجود المبانى التى أقامها، ولا يكون له — إذ لم يختر نزع المنشآت بوصفه بانيًا حسن النية — إلا أن يطالب المشترى الذى أشهر عقد شرائه، أو البائع فى حالة إبطال العقد بأقل القيمتين قيمة المواد وأجرة العمل أو قيمة ما زاد فى ثمن الأرض بسبب البناء إعمالاً لحكم المادة ٩٢٥ من القانون المدنى، وأن يتخذ فى سبيل إجباره على أدائه ما يخوله القانون للدائنين من وسائل لاستيفاء ديونهم. (نقض رقم ١٥٠٦ لسنة ٥٨ق، جلسة ١٢/٢٠/ ١٩٩٠).

العقـــار المملــوك لهما على الشيوع، ثم يترتب حقه على ما يظهر من نتـيجة القسمة، إلا أن مناط ذلك أن يكون القدر الذى بنى عليه معادلا لنصيبه فيه فإذا جاوزه، اعتبر بانيًا فى ملك غيره بالنسبة لما أقامه على ما يجاوز حصته فيه[1].

ثالثًا: أن تقام المنشآت لحساب من أقامها:

يجــب أن يكــون من أقام المنشآت قد أقامها لحساب نفسه، مؤدى ذلــك أن قــواعد التملك بالالتصاق لا تطبق فى الحالات التى يقيم فيها الشخص البناء لحساب المالك.

فإذا قام الفضولى بالبناء فى أرض لرب العمل، وجب تطبيق أحكام الفضـــالة إذا توافــرت شــروطها، أى وجب على رب العمل أن يرد للفضولى النفقات والتعويضات وأن ينفذ التعهدات التى عقدها.

وإذا قام الوكيل بالبناء فى أرض الموكل فإنه لا يعمل لحساب نفسه بــل لحســاب الموكل حتى ولو تجاوز حدود سلطته، هنا تطبق أحكام الوكالة وليست قواعد الالتصاق.

---

(١) إذا كـــان الثابت من الأوراق أن الطاعن شريك على الشيوع فى أرض النزاع مع المطعون عليه وبحق النصف لكل منهما، وأنه لم يقم بالبناء على حصة من العقـــار تعـــادل نصـــيبه فـــيه، بـــل أقام البناء على كامل الأرض المملوكة له والمطعون عليها مع علمه بذلك ورغم إنذارها له وطلبها منه وقف البناء لإقامته على الأرض المملوكة لها، ولم يأخذ الحكم المطعون فيه بشهادة شاهديه من أنه أقـــام البناء بموافقة المطعون عليها، فإن ما انتهى إليه الحكم من اعتبار الطاعن بانيًا سيئ النية على أرض المطعون عليها وأنه يحق لها وطبقا للمادة ٩٢٤ من القانـــون المدنى استبقاء نصف البناء على أن تدفع قيمته مستحق الإزالة إعمالا لأحكـــام الالتصاق، لا يكون مخالفا للقانون. (نقض ١٩٨١/٣/٢٤، س ٣٢ ص ٩٢٧)

رابعًا : عدم وجود اتفاق مخالف لقواعد الالتصاق:

تعد أحكام الالتصاق ذات طبيعة مكملة لأنها لا تتعلق بالنظام العام، ومـن ثم يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها، بل إنها لا تطبق إلا فى حالـة عدم وجود اتفاق مخالف، فإذا وجد اتفاق صريح أو ضمنى بين من أقام المنشآت وصاحب الأرض بشأن هذه المنشآت وجب إعمال هذا الاتفاق واستبعاد قواعد الالتصاق[1].

فالقانـون يجيز إقامة الدليل على أن مالك الأرض قد خول أجنبيًا ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق فى إقامة هذه المنشآت وتملكها. وملكية صاحب الأرض لما عليها أو تحتها من بناء أو غراس أو منشـآت أخـرى تعد قرينة قابلة لإثبات العكس، فلا يجوز التحدى بتواجد الالتصاق عند وجود اتفاق يخالف هذه القرينة.

وإذا أذن المالك الغير بإقامة منشآت بأرضه، فإن كان هناك اتفاق طـبق ما اتفقوا عليه. وإذا لم يوجد اتفاق فليس لصاحب الأرض الذى أذن بإقامـة ما أقيم على أرضه أن يطلب إزالته، وإنما يكون له الخيار بين أن يمتلك ما أقيم على أرضه بإذنه مقابل تعويض البانى بما اتفق أو بمـا زاد فـى قـيمة الأرض بسبب ما أقيم عليها أو أن يملك الأرض

---

(١) مـؤدى النص فى المادة ٩٢٢ من القانون المدنى — وعلى ما جرى به قضاء هـذه المحكمة — أن المشرع وضع فى الفقرة الأولى منه قرينة قانونية تقضى بـأن كـل ما يوجد على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يعتبـر من عمل صاحب الأرض وأنه هو الذى أنشأها على نفقته فيكون مملوكًا لـه، إلا أن هـذه القرينة قابلة لإثبات العكس فأجازت الفقرة الثانية للأجنبى أن يقـيم الدليل على أنه هو الذى أقام هذه المنشآت على نفقته دون سابق اتفاق مع صـاحب الأرض، فـإذا نجـح فى إثبات ذلك تملك صاحب الأرض المنشآت بالالتصـاق مقابل أن يعوض البانى وفقًا للأحكام التى أوردها المشرع فى هذا الخصـوص، كمـا يجـوز للأجنبى أن يثبت أن هناك اتفاقًا بينه وبين صاحب الأرض يخـوله الحق فى إقامة المنشآت وتملكها، وفى هذه الحالة يجب إعمال هذا الاتفاق ويمتنع التحدى بقواعد الالتصاق. (نقض ١٩٨١/١/٢٥ س ٢٣ ص ٣٦٧).

لصـــاحب المواد الذى أذن له بوضعها فى الأرض مقابل تعويض عادل وهو ثمن المثل للأرض زمانا ومكانا[1].

ومن أمثلة تلك الحالات ترخيص مالك الرقبة لصاحب حق الانتفاع البناء على الأرض أو الغراس فيها، أو ترخيص المالك المعير للمستعير بـــنفس الشيء. هنا تطبق أحكام الالتصاق بحسن نية إذا لم يوجد اتفاق مخالف بين الأطراف[2].

خامسًا: عدم وجود أحكام قانونية خاصة:

قـــد يعمد المشرع إلى وضع قواعد خاصة تسرى فى شأن بعض حالات إقامة المنشآت على أرض الغير، هنا تطبق هذه القواعد ويستبعد

---

(١) مـــؤدى المادتـــين ٩٢٣، ٩٢٦ من القانون المدنى يدل على أن ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها ما لم يكن مالك الأرض خول آخر تملك ما يقيمه من منشـــآت على هذه الأرض فتنفصل ملكية المنشآت عن ملكية الأرض. ولا شأن لهـــذه الحالـــة بأحكـــام الالتصـــاق أما إذا أقام شخص منشآت على أرض غير مملـــوكة لـــه بترخيص من مالكها دون أن يتفق فى هذا الترخيص على مصير المنشـــآت فإن صاحب أرض يتملكها بالالتصاق ولا يكون لمن أقامها ــ ما لم يطلب نزعها سوى أن يرجع على المالك بإحدى القيمتين المنصوص عليهما فى المـــادة ٩٢٥ مـــن القانـــون المدنى. لما كان ذلك، وكان الطاعن قد أقام دعواه بطلـــب ملكـــية البناء استنادًا إلى مجرد تصريح مالكة الأرض له بإقامته دون الادعـــاء بحصـــول اتفاق على تملكه به. فإن الحكم المطعون فيه إذ طبق على الدعـــوى حكـــم المادتين ٩٢٥، ٩٢٦ من القانون المدنى وانتهى إلى عدم ملكية الطـــاعن لهذا البناء فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون. (نقض ١٩٨٢/٢/١٨ س ٣٣ ص ٢٦١).

(٢) إذا كـــان عقد الاتفاق المبرم بين الحارس على الوقف وبين المستأجر صريحًا فى أن الحراسة ملزمة بدفع جميع المصاريف التى صرفت فى الإنشاء والتجديد بالوقـــف حســـب تقديرها بواسطة خبير فى وقت إنشائها فإنه يكون من المتعين علـــى المحكمة أن تأخذ بأحكام هذا العقد دون نظر إلى ما زاد فى قيمة الأرض ولا إلـــى ارتفـــاع أسعار المهمات والأدوات وقت رفع الدعوى إذ العقد قانون المتعاقدين. (جلسة ١٩٥٠/١/١٩ طعن رقم ٣٩ سنة ١٨ق).

إعمال أحكام الالتصاق. ومن أمثلة الحالات التى وضع لها القانون قواعد خاصة:

(أ) الإيجار: فمن المقرر أنه:

(١) إذا أوجد المستأجر فى العين المؤجرة بناء أو غراسًا أو غير ذلك من التحسينات مما يزيد فى قيمة العقار، التزم المؤجر أن يرد للمستأجر عند انقضاء الإيجار ما أنفقه فى هذه التحسينات أو ما زاد فى قيمة العقار، ما لم يكن هناك اتفاق يقضى بغير ذلك[١].

---

(١) م ٥٩٢ مدنى.

متى كان الواقع فى الدعوى هو أن المؤجر قد صرح للمستأجر بأن يقيم على نفقته بناء فوق العين المؤجرة على أن يلتزم بأداء عوايد المبانى التى تربط على هذا البناء المستجد وسكت الطرفان عن بيان مصير هذه المنشآت فإن ملكيتها تكون للمستأجر طوال مدة الإجازة ولا تؤول إلى المؤجر إلا عند انتهاء عقد الإيجار ذلك أن حق المؤجر بالنسبة لتلك المنشآت لا يتحدد إلا بالنظر إلى حالة العقار المؤجر فى هذا الوقت ويحق للمستأجر أن يزيلها قبل انتهاء عقد الإيجار بشرط أن يعيد العين المؤجرة إلى حالتها الأصلية بينما يمتنع على المؤجر فى هذا الفرض طلب إزالة هذه المنشآت. ولا يصح الاحتجاج بأن أحكام الالتصاق المقررة فى القانون المدنى تقضى باعتبار المؤجر مالكا للبناء من وقت إنشائه إذ أن ترخيص المؤجر للمستأجر فى إقامة البناء على نفقة هذا المستأجر مع التزام الأخير بدفع الضريبة العقارية عن هذا البناء – وهى مما يلتزم به أصلا المالك – ودون اتفاق على مصير هذا البناء ذلك يتضمن قبول المؤجر تأجيل إعمال أحكام الالتصاق حتى ينتهى عقد الإيجار وهى أحكام لا تتعلق بالنظام العام ويجوز لذلك الاتفاق على تعديلها. (نقض ٢٦/٥/٦٦ س ١٧ ص ١٢٥١)

جرى قضاء محكمة النقض بأن المستأجر الذى يبنى فى ظل القانون المدنى الملغى فى العقار المؤجر بتصريح من المؤجر ينزل منزلة البانى فى أرض الغير بحسن نية ويأخذ حكمه فتطبق بالنسبة له الفقرة الأخيرة من المادة ٦٥ من ذلك القانون ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك وهذا النظر هو ما قننه القانون القائم فى المادة ١/٥٩٢ منه بشأن البناء الذى يقيمه المستأجر فى العين المؤجرة بعلم المؤجر ودون معارضته، ومن ثم يلتزم المؤجر بأن يرد للمستأجر عند انقضاء

=

(٢) فـإذا كانــت تلك التحسينات قد استحدثت دون علم المؤجر أو رغـم معارضته، كان له أيضًا أن يطلب من المستأجر إزالتها. وله أن يطلب فوق ذلك تعويضًا عن الضرر الذى يصيب العقار من هذه الإزالة إن كان للتعويض مقتض.

(٣) فـإذا اخـتار المؤجر أن يحتفظ بهذه التحسينات فى مقابل رد إحدى القيمتين المتقدم ذكرهما، جاز للمحكمة أن تنظره إلى أجل للوفاء به[1].

الإيجـار مـا أنفقه فى المنشآت أو ما زاد في قيمة العقار بسبب هذه المنشآت. (نقض ٢٦/٥/٦٦، س ١٧ ص ١٢٥١)

الالتصاق ــ طبقًا لما تقضى به القواعد العامة ــ واقعة يرتب القانون عليها مركزًا قانونـيًا هو اكتساب صاحب الأرض ملكية ما يقام عليها من مبان وغراس وما لـم يتفق على خلاف ذلك، ولما كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن عقـد إيجـار الأرض الفضـاء قد صرح فيه للمستأجر إقامة مبان عليها تؤول ملكيـتها للمؤجر، وهو لا يعدو أن يكون ترديدًا للقواعد العامة والتزامًا بحكمها، فـإن مـؤدى ذلك أن المؤجر يكتسب ما أحدثه المستأجر من مبانى منذ إنشائها والتصـاقها بـالأرض المؤجرة، ويكون الاتفاق على تعليق أيلولة المبانى على إنهـاء العقـد مجـرد إرجاء لتسليمها دون تعليق اكتساب المؤجر لملكيتها التى تحققت منذ الإنشاء والالتصاق. (نقض ٢٧/٥/١٩٨٢، س ٣٣ ص ٥٩٣)

(١) خـول الشـارع فى المادة ٥٩٢ من القانون المدنى ــ الذى ينطبق على واقعة النـزاع ــ المؤجـر الحق فى طلب إزالة البناء الذى يقيمه المستأجر فى العين المؤجرة دون علمه أو رغم معارضته، أو استبقائه، فإن طلب إزالته وجب على المستأجر أن ينزعه من العين المؤجرة وأن يعيد العين إلى أصلها، وللمؤجر أن يطلـب تعويضـًا عن الضرر الذى يصيب العين إن كان له مقتض، وإن طلب اسـتبقاءه فعليه أن يرد للمستأجر أدنى القيمتين، ما دفعه فى هذه المبانى أو ما زاد عـن قـيمة العقـار، ومؤدى ذلك أن البناء الذى يقيمه المستأجر من ماله الخـاص دون إذن مـن المؤجر يكون ملكًا لصاحب العين المؤجرة معلقًا على شـرط واقـف هو إعلان رغبته فى تملك البناء، ويعد مملوكًا للمستأجر تحت شـرط فاسـخ هو ظهور رغبة المؤجر فى تملكه، ولما كان الثابت من الحكم =

(ب) **الحكـــــــر**: حيث يملك المحتكر ما أحدثه من بناء أو غراس أو غيره ملكًا تامًا، وله أن يتصرف فيه وحده أو مقترنا بحق الحكر[1].

وعند فسخ العقد أو انتهائه يكون للمحكر أن يطلب إما إزالة البناء أو الغـــراس أو اســـتبقاءهما مقابل دفع أقل قيمتيهما مستحقى الإزالة أو الإبقاء، وهذا كله ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره[2].

المطلب الثانى

إقامة صاحب الأرض المنشآت بمواد الغير

"يكـــون ملكـــا خالصًا لصاحب الأرض ما يحدثه فيها من بناء أو غـــراس أو منشآت أخرى يقيمها بمواد مملوكة لغيره، إذا لم يكن ممكنًا نزع هذه المواد دون أن يلحق هذه المنشآت ضرر جسيم، أو كان ممكنًا نزعها ولكن لم ترفع الدعوى باستردادها خلال سنة من اليوم الذى يعلم فـــيه مالـــك المـــواد أنها اندمجت فى هذه المنشآت. فإذا تملك صاحب الأرض المواد، كان عليه أن يدفع قيمتها مع التعويض إن كان له وجه. أمـــا إذا اســـترد المـــواد صاحبها فإن نزعها يكون على نفقة صاحب الأرض" [3].

المطعـــون فيه أن المطعون عليهم لم يبدوا رغبتهم فى تملك المبانى التى أقامها الطـــاعن من ماله الخاص فإن هذه المبانى تبقى مملوكة لهذا الأخير ولا يحق للمطعـــون علـــيهم أن يطلبوا بمقابل انتفاع عنها. (نقض ١٩٨٠/٣/١٢ س ٣١ ص ٧٩٤).

(١) م ١٠٠٢ مدنى.

(٢) م ١٠١٠ مدنى.

(٣) م ٩٢٣ مدنى.

يتمثل الفرض فى قيام مالك الأرض بالبناء أو الغراس فى أرضه مستخدما فى ذلك مواد مملوكة للغير دون موافقته، فهل يمتلك هذه المواد بالالتصاق؟

تقتضى الإجابة على هذا السؤال التفرقة بين ما إذا كان من الممكن نزع المواد والأدوات التى أقيمت بها المنشآت دون ضرر جسيم أم لا.

(أ) إمكانية نزع المواد دون ضرر جسيم:

إذا أقام المالك المنشآت على أرضه بمواد مملوكة للغير وكان من الممكن نزع هذه المواد دون أن يلحق بالمنشآت ضرر جسيم، وكذلك دون أن يسبب خسارة جسيمة لمالك الأرض، فإن هذه الأدوات تظل على ملك صاحبها ولا يتملكها صاحب الأرض بالالتصاق بمجرد اندماجها فى الأرض.

ويحق لصاحب المواد أن يطلب نزعها من الأرض أو البناء، وتكون نفقات نزع هذه المواد على صاحب الأرض الذى يلتزم أيضًا بتعويض صاحب الأدوات، إن كان لهذا التعويض مقتضى.

ويكون التعويض استنادًا إلى خطأ المالك فى التعدى على ملك الغير وحرمانه صاحبه منه، ومن ثم تطبق أحكام المسئولية التقصيرية، ويشمل التعويض ما أصاب المواد من نقص، أى الفرق بين قيمتها قبل استخدامها فى المنشآت وقيمتها بعد نزعها، هذا بالإضافة إلى الخسارة التى أصابت المالك بسبب حرمانه من استغلال تلك المواد فترة اغتصاب مالك الأرض لها.

ومن أمثلة الأدوات التى يمكن نزعها دون ضرر جسيم الأبواب والشبابيك، وبعض أدوات الزينة التى تلصق بالبناء.

وينطبق الحكم السابق من باب أولى إذا كنا بصدد منقول وضع فى الأرض أو البناء دون أن يكون من أدوات البناء نفسه، مثال ذلك وضع تمثال أو أثر ثمين على واجهة المبنى أو بداخله، هنا يحق لصاحب التمثال أو الأثر نزعه فى أى وقت ولا يستطيع المالك تملكه بالالتصاق مطلقًا.

ويجب على مالك المواد رفع دعوى الاسترداد خلال سنة من اليوم الـذى يعلـم فيه أنها اندمجت فى هذه المنشآت. وهذه المدة تعتبر مدة سقوط لا مدة تقادم، لذلك لا يرد عليها الوقف أو الانقطاع.

(ب) عدم إمكانية نزع المواد دون ضرر جسيم:

إذا كـان من شأن نزع المواد إلحاق ضرر جسيم بالمنشآت، فإن صـاحب الأرض يتملك هذه المواد بحكم الالتصاق[1]. مثال ذلك مواد البـناء، كالطوب والأسمنت والجير والرمال، هذا بالإضافة إلى البلاط والدهان، حيث تندمج هذه المواد فى الأرض وتصبح عقارًا بطبيعته.

ويتـرتب علـى تملـك صاحب الأرض للمواد والأدوات التزامه بـتعويض صـاحبها، فعليه أن يدفع له قيمتها، وتقدر هذه القيمة وقت انتقال ملكيتها لصاحب الأرض، أى وقت إدماجها فى الأرض واتحادها بها. هذا بالإضافة إلى تعويض صاحب الأدوات عما أصابه من ضرر بسـبب عـدم اسـترداده لها أو بسبب التأخير الذى أصابه فى استبدال غيرها أو ارتفاع أسعار المواد الجديدة.

ولا يشترط لاستحقاق التعويض أن يكون صاحب الأرض قد أدمج الأدوات فى الأرض بطريقة الغش أو التدليس، بل يكفى أن يكون هناك خطـأ فـى جانـبه، ولو لم يصل إلى حد الغش والتدليس. ولا شك أن التعويض يزيد فى حالة ما إذا كان صاحب الأرض سيء النية يعلم أن الأدوات غيـر مملـوكة له، عما إذا كان حسن النية يعتقد أن الأدوات مملوكة له.

ومتـى تملك صاحب الأرض الأدوات والمواد بالالتصاق، فإنه لا يفقد ملكيتها إلا بسبب جديد من أسباب كسب الملكية، ولا يجوز لصاحب

---

(١) ويسوى المشرع بهذه الحالة الفرض الذى يمكن فيه نزع الأدوات من المنشآت دون أن يلحقها ضرر جسيم، إلا أن مالكها لا يطالب باستردادها فى خلال سنة من تاريخ علمه بإدماجها.

الأدوات أن يطلب استرداد المواد إذا تهدم البناء رغمًا عن صاحب الأرض.

المطلب الثالث
إقامة صاحب الأدوات المنشآت فى أرض الغير

يواجه هذا الفرض حالة الشخص الذى يبنى بمواد يملكها أو يغرس فى أرض ليست ملكًا له وإنما لغيره.

القاعدة فى هذا الشأن أن مالك الأرض يصبح مالكًا للمنشآت التى يقيمها الغير بمواد أو أدوات مملوكة له، ويتم كسب الملكية هنا عن طريق الالتصاق، مقابل تعويض صاحب المنشآت[1].

ويورد المشرع على هذه القاعدة استثناءً يجوز بمقتضاه تمليك الأرض لمالك الأدوات أو المواد التى أقيمت بها.

ويجب التفرقة فى هذا الصدد بين حال حسن نية من يقتحم البناء أو الغراس وبين حال سوء نيته، حيث يختلف الحكم فيما يتعلق بحق صاحب الأرض فى طلب إزالة المنشآت، وكذا بالنسبة لمقدار التعويض الذى يستحقه مالك هذه المنشآت.

---

(١) إن مالك الشيء الأصلي هو الذى يملك الشيء التابع، فملكية الأرض ستتبعها ما يقام على هذه الأرض من مبان بحكم الالتصاق، وبالتالى فإن ملكية البناء تطبيقًا لقواعد الالتصاق لا تؤول إلا لمن يملك الأرض المقام عليها، وهذا الأمر هو ما أفصحت عنه المواد ٩٢٣، ٩٢٤، ٩٢٥ من القانون المدنى من النص بلفظ صريح على أن ما يقوم من بناء يكون لصاحب الأرض حتي لو تم ذلك برضائه وموافقته أو كان ترخيص البناء باسم من أقامه، وأن حسن نية البانى فى أرض لا يملكها ليس له من أثر فى تملك البناء أو الأرض التي أقيم عليها، وإنما ينحصر أثره فى منع صاحب الأرض من طلب الإزالة تطبيقًا للمادة ٩٢٤ من القانون المدنى وتخويل البانى حقًا فى طلب التعويض وفقًا للضوابط الواردة بنص المادة ٩٢٥ من هذا القانون. (الطعن ٢٠٦٦ لسنة ٥٣ق جلسة ٢٠/٥/١٩٨٧)

ويعد من يقيم المنشآت سيء النية إذا كان يعلم وقت إقامة المنشآت أن الأرض التى يبنى عليها مملوكة لغيره، ولم يأذن له المالك بذلك، أى أنـــه لـــيس له الحق فى إقامة تلك المنشآت. ويعتبر فى حكم سوء النية الجهـــل الناشـــئ عن خطأ جسيم. والأصل أن الحائز حسن النية ويجب علـــى مالـــك الأرض أن يثبت سوء نية من أقام المنشآت، أى كان يعلم وقت إقامتها أن الأرض غير مملوكة له[1].

والمقصود بحسن النية اعتقاد من يقيم المنشآت بأنه يبنى فى ملكه أو أن صـــاحب الأرض قد أذن له أو يكون له الحق فى إقامة البناء أو الغراس، ويجب أن يقوم اعتقاده بناء على أسباب جدية تبرره.

وتستقل محكمة الموضوع بتقدير حسن نية البانى فى أرض الغير أو سوء نيته متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة[2].

والعبرة بحسن أو سوء النية هو وقت إقامة المنشآت على الأرض، ولا يهـــم التغييـــر الـــذى يطرأ بعد ذلك على هذه النية، فمن يقيم البناء بحســـن نية ثم يتبين له بعد ذلك أنه يبنى فى ملك غيره، يعامل معاملة البانى حسن النية.

ونعرض فيما يلى للفرضين:

---

(١) الحائـــز الـــذى يقـــيم المنشآت على ارض مملوكة لغيره. يفترض فيه أنه كان حســـن النية وقت أن أقام هذه المنشآت، والمقصود بحسن النية فى تطبيق المادة ٩٢٥ مـــن القانـــون المدنى أن يعتقد البانى أن له الحق فى إقامة المنشآت، ولا يلزم أن يعتقد أنه يملك الأرض، فإذا ادعى مالك الأرض أن البانى سيء النية، فعلـــيه حســـبما تقضى به المادة ٩٢٤ من القانون المدنى أن يقيم الدليل على أن البانى كان يعلم وقت أن أقام المنشآت أن الأرض مملوكة لغيره وأنه أقامها دون رضاء مالك الأرض. (نقض ١٩٧٦/٢/١٧ س ٢٧ ص ٤٥٣).

(٢) نقض ١٩٩٤/٣/٢٠ طعن ١٣٢٣.

الفرع الأول
البناء بسوء نية

"إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضاء صاحب الأرض، كان لهذا أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه، وذلك فى ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه بإقامة هذه المنشآت أو أن يطلب استبقاء المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة، أو دفع مبلغ يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت.

ويجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان لا يلحق بالأرض ضرر، إلا إذا اختار صاحب الأرض أن يستبقى المنشآت طبقًا لأحكام الفقرة السابقة"[1].

يتضح ذلك أنه إذا بنى شخص سيء النية بمواد مملوكة له على أرض الغير بدون وجه حق، فإن صاحب الأرض يكون بالخيار بين أمرين:

الأمر **الأول:** أن يطلب إزالة المنشآت وإعادة الأرض إلى حالتها، ويتم ذلك على نفقة من أقامها، هذا بالإضافة إلى الحق فى طلب التعويض عما أصاب الأرض من أضرار أو تعطيل بسبب البناء أو الغراس. ويلتزم صاحب المنشآت بهدمها ونقلها أنقاضًا، ولا مجال هنا لإعمال أحكام الالتصاق فقد أزيلت المبانى ولم يتملكها صاحب الأرض. وقد تقرر هذا الحكم جزاء سوء نية البانى حيث أقام المنشآت وهو يعلم عدم أحقيته فى ذلك.

والجدير بالذكر فى هذا الصدد أن الحق الذى قرره المشرع فى طلب إزالة المنشآت التى يقيمها الشخص على أرض الغير بسوء نية،

---

(١) م ٩٢٤ مدنى.

إنما هو رخصة ناشئة عن حق الملكية ذاته، وقد خولها القانون لصاحب الأرض بوصفه مالكا وليس لغيره الحق فى استعمالها[١].

وأن مالــك الأرض لا يجاب إلى طلبه إزالة المبانى المقامة عليها مــن الغير بسوء نية إلا إذا طلب ذلك خلال سنة من تاريخ علمه بإقامة ذلك البناء[٢]. والمقصود بالطلب هو رفع الدعوى خلال ذلك الميعاد[٣].

---

(١) الطعن رقم ٩٢٠ س ٥١ ق جلسة ١٩٨٥/١١/٢٠. انظر تفصيل ذلك فيما يلى ص ٤١٩.

(٢) الطعن ٤٤١ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٦/٣/٦

(٣) فــيكون ملكــا خالصــا لصاحب الأرض ما يحدثه فيها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يقيمها بمواد مملوكة لغيره إذا لم يكن ممكنا نزع هذه المواد دون أن يلحق هذه المنشآت ضرر جسيم أو كان ممكنا نزعها ولكن لم ترفع الدعوى باستردادها خلال سنة من اليوم الذى يعلم فيه مالك المواد أنها اندمجت فى هذه المنشــآت ..." ونصــت الفقرة الأولى من المادة ٩٢٤ من ذات التقنين على أنه "إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضــاء صاحب الأرض كان لهذا أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه وذلك فى ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه بإقامة المنشــآت.." إلا أن كلمة "يطلب" الواردة بهذا النص تؤدى ذات المعنى الوارد بــنص المــادة ٩٢٣ وهــو "رفع الدعوى" وقد عبر التقنين المدنى الجديد فى نصوصه بكلمة "يطلب" قاصدًا بها المطالبة القضائية باعتبارها الوسيلة القانونية التــى يلجــأ بمقتضاها صاحب الحق إلى القضاء ليعرض عليه ما يدعيه طالبًا الحكم له به، هذا إلى أن صياغة عجز الفقرة الأولى من المادة ٩٢٤ بالجمع بين الحق فى طلب الإزالة والحق فى طلب التعويض خلال ميعاد السنة تؤكد المراد بمعنــى "الطلــب" وهــو "رفع الدعوى" وإلا جاز القول بأنه يكفى مجرد إبداء الــرغبة بــأى طــريق فى طلب التعويض خلال سنة دون حاجة للالتجاء إلى القضاء فى هذا الميعاد وهو ما لا يسوغ، وعلى ذلك فلا يعتبر الميعاد مرعيًا إلا بــرفع طلب الإزالة إلى القضاء وإلا سقط الحق فيه، لما كان ذلك وكان الحكم الابتدائــى المؤيد بالحكم المطعون فيه لأسبابه قد خالف هذا النظر بتفسيره كلمة "يطلب" الواردة فى المادة ٩٢٤ من التقنين المدنى بأنها تعنى مجرد الرغبة فى الإزالــة ولــو بشكوى تقدم إلى النيابة العامة فإنه يكون قد انحرف عن المعنى =

ونـــؤيد ما يراه البعض بحق من أن "الإزالة هدم والهدم يتعارض مـــع روح العصر فى التشجيع على البناء، وهذا القول يتفق مع الواقع وطبـــيعة الأمـــور فـــى هذا العصر، فقد يكون البناء قد تم تأجيره لعده مســـتأجرين، ولا يخفـــى ما يحدث من حرج ومشاكل نتيجة الهدم وما يتـــرتب عليه من تشتيت هؤلاء، ولذلك يجب أن يخضع حق المالك فى طلب الإزالة للقاعدة العامة فى عدم جواز التعسف فى استعمال الحق.

وتطبيق تلك القواعد فى هذا الشأن يفضى إلى القول بأنه إذا كانت قـــيمة المـــواد والمنشآت تتجاوز قيمة الأرض، فليس من العدل إزالتها

الذى تؤديه هذه الكلمة، ويكون بالتالى إذ رفض على هذا الأساس دفاع الطاعنة بسقوط حق المطعون عليه فى طلب الإزالة قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه. (الطعن ٥٣٥ س ٥٢ق جلسة ١٩٨٥/٥/١٦)

الـــنص فـــى الفقرة الأولى من المادة ٩٢٤ من القانون المدنى على أنه : "إذا أقام شـــخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضاء صـــاحب الأرض كـــان لهـــذا أن يطلب خلال سنة إزالة المنشآت المقامة على أرضـــه على نفقة من أقامها فإذا سكت ولم يطلب الإزالة سقط حقه فى طلبها، كما يفيد أن كلمة "يطلب" الواردة فيه ـــ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ـــ تؤدى ذات المعنى الوارد بنص المادة ٩٢٣ وهو "رفع الدعوى"، وإذا كان من المقرر فى حساب المواعيد أنه إذا كان الميعاد مقدرًا بالأيام أو بالشهور أو بالسنين فلا يحسب منه يوم حدوث الأمر المعتبر فى نظر القانون مجريًا للميعاد ويبدأ الميعاد من نهاية ذلك اليوم وينتهى بنهاية اليوم المماثل له فى الشهر الذى ينتهـــى فـــيه المـــيعاد، وكـــان البين من مدونات الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعـــون فـــيه أنه اعتد بيوم ١٩٧٨/١/٣٠ ـــ تاريخ تحرير المحضر ١١٧٨ لســـنة ١٩٧٨ إدارى الخانكـــة ـــ فى إثبات علم المطعون ضده بإقامة المنشآت وشخص من أقامها، وأن صحيفة الدعوى أودعت بتاريخ ١٩٧٩/٢/١ فى حين أن مـــيعاد الســـنة التى يتعين طلب الإزالة خلاله ينتهى فى ١٩٧٩/١/٣٠ فإن طلب الإزالة يكون قد رفع بعد الميعاد، ويكون الدفع المبدى من الطاعن بسقوط الحق فيه فى محله. (الطعن ٢٣٩٥ لسنة ٥٥ق، جلسة ١٩٨٨/٦/١٥)

ولكـــن يجـــب أن تبقى على أن يتحمل مالك الأرض بقيمتها، مع منحه التيسيرات اللازمة فى الوفاء بتلك القيمة إلى صاحب المواد والمنشآت. ومن باب أولى يجب إعمال هذا الحكم إذا كانت قيمة الأرض متجاوزة لقـــيمة المـــواد والأدوات، مع ملاحظة أن القيمة التى يلتزم بها صاحب الأرض هى قيمة المواد مستحقة الإزالة أو قيمة ما زاد فى ثمن الأرض أيهما أقل.

الأمـــر الثانـــى : أن يطلب استبقاء المنشآت فى الأرض، وعندئذ يـــتملكها بحكم الالتصاق، إلا أنه يلتزم بدفع تعويض لصاحب المنشآت، ويتمثل هذا التعويض فى أقل القيمتين:

(١) قيمة المنشآت مستحقة الإزالة، أى يدفع قيمة الأنقاض منقوصًا منها مصروفات الهدم.

(٢) قيمة ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت.

ويمكن الاستعانة بخبير لتقدير هذه القيمة عند الاقتضاء، وصاحب الأرض هو الذى يملك الخيار بين دفع قيمة الأنقاض بعد هدم المنشآت وقـــيمة مـــا زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت، وغالبًا ما تكون القيمة الأولى أقل من الثانية، لذا يختار مالك الأرض دفع قيمة الأنقاض. ونظـــرًا لأن البانـــى ســـيء النية ، فلا مجال لبحث مقدار ما تكبده من مصروفات فى سبيل إقامة المنشآت[١].

وينطـــبق نفس الحكم إذا انقضت مدة السنة من تاريخ العلم بإقامة المنشـــآت دون أن يستعمل صاحب الأرض حقه فى طلب الإزالة. وفى حالة مماطلة الأخير يستطيع صاحب المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق بالأرض ضررًا، حتى يحمل صاحب الأرض على تحديد موقفه من طلب الإزالة أو استبقائها مع دفع التعويض المذكور.

---

(١) حسن كيره، ص ٤٢١.

الفرع الثانى
البناء بحسن نية

(أ) مضمون الحالـــة:

"إذا كان من أقام المنشآت يعتقد بحسن نية أن له الحق فى إقامتها، فــلا يكون لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة، وإنما يخير بين أن يدفع قـيمة المــواد وأجــرة العمل أو أن يدفع مبلغا يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت، هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها.

إلا أنه إذا كانت المنشآت قد بلغت حدًا من الجسامة يرهق صاحب الأرض أن يؤدى ما هو مستحق عنها، كان له أن يطلب تمليك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل".

"إذا أقام أجنبى منشآت بمواد من عنده بعد الحصول على ترخيص من مالك الأرض، فلا يجوز لهذا المالك إذا لم يوجد اتفاق فى شأن هذه المنشــآت أن يطلب إزالتها، ويجب عليه إذا لم يطلب صاحب المنشآت نزعها أن يؤدى إليه إحدى القيمتين المنصوص عليهما فى الفقرة الأولى من المادة السابقة"[1].

يــواجه النص فرض من يبنى بمواد من عنده أو يقيم غراسًا على أرض الغير معتقدًا ملكيته لها، أو أن له الحق فى إقامة المنشآت، أى أن البانى هنا حسن النية.

(ب) عدم جواز طلب الإزالـــة:

فإذا كان هناك إذن بإقامة البناء أو الغراس، فغالبًا ما يتضمن هذا الإذن الاتفــاق حول حكم هذه المنشآت ومصيرها، فإذا وجد هذا الاتفاق طــبقت أحكامـــه، فإذا لم يوجد اتفاق فليس لصاحب الأرض أن يطلب إزالة المنشآت لأنها أقيمت بإذن منه، أو لأن من أقامها يكون حسن النية

---

(١) م ٩٢٥ ، ٩٢٦ مدنى.

[1] ويكون له الحق فى أن ينزع منشآته على نفقته إن قدر أن مصلحته فى ذلك، وبشرط ألا يؤدى ذلك إلى إلحاق الضرر بالأرض.

(ج) تملك المنشآت مع دفع التعويض:

فإذا لم يطلب صاحب المنشآت إزالتها، آلت ملكيتها بالالتصاق إلى صاحب الأرض ويكون بالخيار بين أمرين:

الأمر الأول: أن يدفع لمن أقام المنشآت قيمة المواد وأجرة العمل، أى تعويضه عما أنفق.

الأمـــر الثانـــى: أن يدفع له مبلغا يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت.

يتضـــح مـــن ذلك أن القانون فضل البانى حسن النية على البانى ســـيء النـــية، فبيـــنما الثانى لا يحق له إلا أخذ أقل القيمتين من قيمة المنشآت مستحقة الإزالة وقيمة الزيادة فى ثمن الأرض، نجد أن البانى حسن النية يحق له أن يأخذ أقل القيمتين من قيمة المواد وأجرة العمل أو قيمة ما زاد فى ثمن الأرض.

ويلاحـــظ أن العبرة فى تقدير الزيادة فى ثمن الأرض هى بالزيادة الناشـــئة عن البناء وليس بسبب آخر كشق طريق بجانب الأرض مثلا. وتقدر هذه الزيادة وقت رفع الدعوى لا وقت البناء.

وتقـــرر محكمـــة النقض عدم أحقية صاحب الأرض فى الانتفاع بالمنشآت قبل دفع التعويض لمن أقامها بحسن نية، وذلك بقولها: "العدل يأبـــى أن يجمـــع شخص بين ثمرة البديلين ــ المبنى وقيمة التعويض المســـتحق للبانـــى ــ فينتفع طرف بالشيء وعوضه، وأن إغفال الحكم بحـــث دفـــاع إبـــداء الخصم يترتب عليه بطلان الحكم إذا كان الدفاع

---

(1) حســـن نـــية البانى فى أرض لا يملكها، ليس له من أثر فى تملك البناء، وإنما ينحصـــر أثره فى منع صاحب الأرض من طلب الإزالة تطبيقا للمادة ٩٢٤ من القانـــون المدنى، وتخويل البانى حقا فى طلب التعويض وفقا للضوابط الواردة بنص المادة ٩٢٥ من هذا القانون (نقض ١٩٨١/١/٢٨ س ٣٣ ص ٣٦٧).

جوهـــريًا مؤثرًا فى النتيجة التى انتهى إليها، لما كان ذلك وكان الحكم المطعـــون فـــيه قد قضى للمطعون ضدهم بثمرات البناء ـــ الذى أقامه الطاعنان بحسن نية من مالهما الخاص عن مدة سابقة على تاريخ الوفاء بالـــتعويض المســـتحق لهما عن إقامة ذلك البناء وأغفل دفاع الطاعنين المشار إليه بوجه النعى إيرادًا وردًا فإنه يكون معيبًا بالقصور بما يوجب نقضه[1].

(د) طلب تمليك الأرض للبانى:

يمكـــن لصاحب الأرض أن يطلب تمليك أرضه لمن أقام المنشآت مقابل تعويض عادل وهو ثمن المثل للأرض زمانا ومكانا. ويحدث ذلك فى حالتين:

الحالـــة الأولـــى: جسامة المنشآت: إذا كانت المنشآت التى أقامها الغير قد بلغت حدًا من الجسامة يرهق صاحب الأرض أن يؤدى ما هو مستحق عنها. أى أن جسامة المنشآت يرتب جسامة التعويض المطلوب عنها، وهذا التعويض يرهق صاحب الأرض إذا أداه، لذا يكون له بدلاً مـــن تملـــك المنشـــآت بالالتصـــاق، أن يطلب تمليك الأرض لصاحب المنشآت.

ونرى أن للقاضى سلطة تقديرية فى الموازنة بين مصالح الطرفين علـــى ضوء قيمة الأرض وقيمة المنشآت، والقدرة المالية لكل من مالك الأرض ومالـــك المنشآت، ومدى نفع تلك المنشآت بالنسبة لكل منهما. فهـــو يجمـــع بين المعيارين الذاتى والموضوعى للوصول إلى قرار إما بتملـــيك المنشآت لصاحب الأرض أو تمليك الأرض لصاحب المنشآت، وكل ذلك بطبيعة الحال فى حالة عدم اتفاق الطرفين على تسوية للأمر فيما بينهما.

وتملـــك صـــاحب المنشآت للأرض لا يكون بحكم الالتصاق، بل اســـتنادًا إلـــى إرادة صاحب الأرض وتنازله عن ملكيتها، أو بناء على

---

(١) الطعن ١٢٤٨ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩١/١١/٢٦.

حكـــم المحكمـــة، ويكون ذلك مقابل تعويض عادل يتمثل فى ثمن المثل للأرض زمانا ومكانا.

وتعبـــر محكمة النقض عن حق صاحب الأرض بقولها: "لصاحب الأرض أن يملكهـــا لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل إذا كانت قد بلغت حدًا من الجسامة يرهق صاحب الأرض أن يؤدى ما هو مستحق عـــنها، وتلك رخصة خولها القانون له وترك استعمالها لمطلق اختياره، فليس لمن أقام المنشآت أو لدائنيه أن يجبروه على استعمالها[1].

الحالة الثانية: الجور اليسير بحسن نية على أرض الجار: إذا كان مالـــك الأرض وهـــو يقيم عليها بناء قد جار بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة، جاز للمحكمة إذا رأت محلاً لذلك أن تجبر صاحب هـــذه الأرض علـــى أن ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء، وذلك فى نظير تعويض عادل[2].

فالفـــرض أن المالك يبنى فى ملكه وبمواده، إلا أنه يتجاوز نطاق مساحة أرضه إلى جزء ملاصق من أرض الجار. ويحدث هذا التجاوز بحسن نية بسبب غموض الحد الفاصل بين الجارين أو الخطأ فى القياس عند تعيين هذا الحد، أى أن المالك لم يكن يعلم أنه يتجاوز حدود ملكه.

وتقـــرر محكمة النقض بأن العبرة فى حسن النية هو بوقت البناء ولو زال بعد ذلك[1].

وحســـن النية يفترض ما لم يقم الدليل على العكس أو تقوم أسباب تحول حتمًا دون قيام هذا الافتراض، والمقصود بحسن النية فى تطبيق

---

(١) نقض ١٩٦٩/٦/١٩ س ٢٠ ص ١٠٠٢..

(٢) م ٩٢٨ مدنى.

إقامـــة المالك بناء على أرضه. تجاوزه بحسن نية إلى جزء صغير من ملك جاره. جـــواز إلـــزام الجار بالنزول عن ملكية هذا الجزء للبانى مقابل تعويض عادل. المادة ٩٢٨ مدنى. (الطـــعن رقم ٤٣٣٤ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٤/٥/١٨)

(٣) نقض ١٩٨٢/١٢/١٦، س ٣٣، ص ١١٧٤.

هذا النص الاستثنائي أن يعتقد البانى اعتقادًا جازمًا ومبررًا أثناء البناء أنـــه يبنـــى على أرضه ولا يجاوزها إلى أرض جاره وهو يقتضى أن يكـــون قد بذل كل ما هو مألوف من جهد للتحقيق من حدود أرضه ولم يخطئ فى ذلك عن رعونة أو لا مبالاة أو تقصير، سواء قبل البدء فى إقامة البناء أو فور تنبيهه إلى المجاوزة أثناء إقامته فإذا أفادت ظروف الدعوى وملابساتها أدنى شك فى ذلك امتنع افتراض حسن النية ووجب اعتبار البانى سيء النية[1].

إن تملـــيك الأرض للبانـــى هو استثناء من القواعد العامة التى لا تجيز نزع الملكية لمنفعة خاصة، وقواعد الالتصاق التى تقرر لصاحب الأرض الحـــق فى أن يتملك البناء أو يطلب إزالته. فى هذه الحالة ليس مـــن العـــدل إعمال قواعد الالتصاق أى السماح للجار بتملك الجزء من المبانى القائم على أرضه حيث قد يؤدى ذلك إلى خلق نوع من الشيوع غيـــر المـــرغوب فيه بين المالكين بالنسبة للمبانى حيث يصعب فصل الجزء المذكور عن البناء. لذا يكون من الأفضل أن يطلب من صاحب الأرض النزول عن ملكية هذا الجزء لصاحب البناء فى نظير تعويض عـــادل، وللمحكمة أن تجبره على ذلك إذا ما رأت عدالة هذا الحل، لأن رفضه يكون من قبيل التعسف فى استعمال حقه.

وتعبـــر محكمـــة النقض عن ذلك بقولها إن جواز إجبار صاحب الأرض على النزول لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء مناطه أن يكـــون الجار صاحب البناء حسن النية عند البناء على الجزء الملاصق لأرضـــه. يدل نص المادة الخامسة من القانون المدنى على أن مناطق التعسف فى استعمال الحق الذى يجعله محظورًا باعتباره استعمالاً غير مشـــروع لـــه هو تحقق إحدى الصور المحددة على سبيل الحصر فى المـــادة الخامسة سالفة الذكر والتى تدور كلها حول قصد صاحب الحق من استعماله لحقه أو مدى أهمية أو مشروعية المصالح التى يهدف إلى

---

(١) الطعنان ١٣٧٤، ١٤٠٩ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٧/٦/١٦.

تحقـيقها وذلــك دون نظر إلى مسلك خصمه إزاء هذا الحق، وإذ كان دفاع الطاعن لدى محكمة الاستئناف قد قام على تعسف المطعون ضدها فى طلبها طرده من الأرض محل النزاع ــ وهى شريط ضيق يخترق أرضه ــ وإزالة ما عليها من بناء على سند من أنها لم تبغ من دعواها ســوى الإضــرار بــه وأن مصلحتها فى استرداد هذه الأرض ــ إن توافرت ــ قليلة الأهمية بالنسبة للأضرار التى تلحق به من جراء إزالة ما أقامه عليها من بناء، فإن الحكم المطعون فيه إذ التفت عن هذا الدفاع لمجرد القول بأن الطاعن استولى بغير حق على أرض المطعون ضدها وأقام بناء عليها يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون[1].

أما إذا كانت المجاوزة كبيرة أو كان البانى سيء النية، فإن للمالك الحـق فــى أن يطلــب الإزالة أو تمليك المبنى بما فى ذلك الجزء من الأرض المقــام عليه، مقابل دفع أقل القيمتين من قيمة أنقاض المبنى أو ما زاد فى ثمن الأرض، وثمن المثل للجزء من الأرض الذى قد يتملكه البانى بالتبعية للمبنى.

الفرع الثالث
أحكام مشتركة بين حالات التملك بالالتصاق

(أ) قصر طلب تملك المنشآت أو إزالتها على المالك:

يقتصــر الحق فى طلب تملك المنشآت أو إزالتها، إعمالاً لأحكام الالتصاق، على المالك الحقيقى للأرض دون سواه.

وتعبــر محكمة النقض عن ذلك بقولها: "أحكام الإلتصاق بالعقار أوردها المشرع فى القانون المدنى، فاعتبره سببًا مستقلاً قائمًا بذاته من الأســباب القانونية للملكية، وهو سبب يرتكز فى الأصل على قاعدة أن مالــك الشــيء الأصــلى هو الذى يملك الشيء التابع، فملكية الأرض يســتتبعها ما يقام على هذه الأرض من مبان بحكم الالتصاق، وبالتالى فإن ملكية البناء تطبيقًا لقواعد الالتصاق لا تؤول إلا لمن يملك الأرض

---

(١) نقض ٨٥/٤/٤ س ٣٦ ص ٥٤٥.

المقـــام علـــيها، وهـــذا الأمر هو ما أفصح عنه القانون من النص بلفظ صـــريح على أن ما يقوم من بناء يكون لصاحب الأرض، ومن ثم فإن طلب تسليم البناء المشيد على أرض لا يملكها البانى استنادًا إلى قواعد الالتصاق لا يصح إبداؤه إلا ممن خوله القانون حق تملكه، وهو صاحب الأرض أى مالكهـــا، ولما كان حق ملكية العقار — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة — لا ينتقل فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير إلا بالتسجيل، فلا تنتقل الملكية لمشتر لم يسجل عقد البيع الصادر إليه، ولا يســـوغ لـــه ترتيبًا على ذلك طلب إعمال قواعد الالتصاق بشأن المبانى التى يحدثها الغير فى الأرض التى اشتراها بعقد غير مسجل(١).

وقضـــت بـــأن الحق الذى يقرره المشرع فى طلب إزالة المنشآت التى يقيمها الشخص على أرض الغير بسوء نية إنما هو رخصة ناشئة عن حق الملكية ذاته، وقد خولها القانون لصاحب الأرض بوصفه مالكا وليس لغيره الحق فى استعمالها، و كانت ملكية العقار لا تنتقل فيما بين المـــتعاقدين ولا بالنســـبة للغير إلا بالتسجيل فلا تنتقل الملكية لمشتر لم يسجل عقد البيع الصادر إليه(٢).

---

(١) الطاعـــنة وإن لم تسجل بعد الحكم القاضى بصحة ونفاذ عقد شرائها، إلا أنه لا مراء فى توافر مصلحة لها قائمة يقرها القانون — طبقًا للمادة الثالثة من قانون المرافعات — فى النضال دفعًا لما تدعيه المطعون ضدها من حق فى تملك ما أقامته من بناء، طالما قد ثبت أن هذا البناء يقع فى الأرض المبيعة إليها من ملاكها الحقيقيين، ولها أن تجابه ذلـــك الحق المدعى به فى الدعوى المرفوعة عليها بما يعن لها من أوجه دفاع قانونية أو واقعـــية، وتنعقد لها المصلحة فى الطعن على الحكم القاضى بالاستجابة إليه، ذلك بأنـــه وإن لـــم تكـــن ملكية الأرض قد انتقلت إليها بعدم تسجيل عقد شرائها أو الحكم القاضـــى بصـــحته ونفاذه، إلا أنه بمجرد حصول هذا التسجيل، تصبح مالكة للأرض وتـــؤول إليها تبعًا لذلك ملكية البناء بحكم الالتصاق (نقض ١٩٨١/١/٢٨ س ٣٣ ص ٣٦٧).

(٢) الطعن رقم ١٣٣٩ لسنة ٥٨ق، جلسة ١٩٩٠/٥/١٣.

(ب) أداء التعويض فى حالة التملك بالالتصاق:

"يجوز للقاضى بناء على طلب المالك أن يقرر ما يراه مناسبًا للوفاء بالمصروفات المنصوص عليها.. وله أن يقضى بأن يكون الوفاء على أقسام دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة. وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام إذا هو عجل مبلغا يوازى قيمة هذه الأقساط مخصومًا منها فوائدها بالسعر القانونى لغاية مواعيد استحقاقها"(1).

يواجه النص التعويض الذى يلتزم صاحب الأرض بدفعه لمن يقيم المنشآت على أرضه، طبقًا لأحكام الالتصاق. يضع النص حكمًا عامًا فى أداء التعويضات المقررة فى حالات التملك بالالتصاق، للقاضى أن يقرر ما يراه مناسبًا، فله أن يمنح الملزم بالتعويض أجلاً أو يقسطه عليه مع تقديم الضمانات اللازمة فى هذه الحالة، وذلك تيسيرًا على المحكوم عليه ومراعاة لظروفه المالية ومقدار ما حكم به عليه، وتطبيقًا لقواعد العرف والعدالة.

وللمالك أن يتحلل من التزامه إذا هو عجل مبلغًا يوازى قيمة هذه الأقساط مخصومًا منها فوائدها بالسعر القانونى لغاية مواعيد استحقاقها.

المطلب الرابع
إقامة المنشآت على أرض الغير بمواد الغير

"إذا أقام أجنبى منشآت بمواد مملوكة لغيره، فليس لمالك المواد أن يطلب استردادها. وإنما يكون له أن يرجع بالتعويض على هذا الأجنبى، كما أن له أن يرجع على مالك الأرض بما لا يزيد على ما هو باق فى ذمته من قيمة تلك المنشآت" (2).

---

(1) م ٩٨٢ مدنى، حيث تنص المادة ٩٢٧ مدنى على أن تسرى أحكام المادة ٩٨٢ فى أداء التعويض المنصوص عليه فى المواد الثلاث السابقة..

(2) م ٩٣٠ مدنى.

يواجه النص فرضًا نادرًا وهو أن يقيم شخص بمواد مملوكة لغيره على أرض شخص آخر منشآت معينة. أى أننا نوجد أمام أشخاص ثلاثة تقوم بينهم علاقة قانونية تستوجب الفصل فيها: علاقة صاحب الأرض بمـــن أقـــام المنشـــآت، وعلاقة من أقام المنشآت بمالك المواد، وعلاقة صاحب المواد بمالك الأرض.

(أ) علاقة البانى بمالك الأرض:

تخضـــع هـــذه العلاقة للفرض السابق دراسته وهو إقامة شخص منشـــآت فى أرض الغير (الصورة الثانية من صور الالتصاق)، ورأينا أن الحكم يختلف بحسب ما إذا كان البانى حسن النية يعتقد بأن له الحق فى إقامة المنشآت أم سيئ النية يعلم ألا حق له فى إقامتها.

فـــإذا كان البانى سيء النية كان لصاحب الأرض أن يطلب إزالة المنشـــآت علـــى نفقة من أقامها وإعادة الأرض إلى حالتها الأولى مع الـــتعويض، وإذا لم يطلب الإزالة تملك المنشآت بالالتصاق مع التزامه بدفـــع أقل القيمتين لصاحبها: قيمة الأنقاض (المنشآت مستحقة الإزالة)، أو قيمة ما زاد فى الأرض بسبب المنشآت[1].

وإذا كـــان البانـــى حسن النية، فإن مالك الأرض لا يستطيع طلب إزالـــة المنشـــآت، وإنما يتملكها بحكم الالتصاق، إذ لم يطلب صاحبها نـــزعها، ويقـــوم بتعويضه بأقل القيمتين: قيمة المواد وأجرة العمل، أو قـــيمة ما زاد فى ثمن الأرض، ولمالك الأرض أن يطلب تمليكها للبانى مقابل تعويض عادل فى حالات معينة كما رأينا.

(ب) علاقة البانى بصاحب المواد:

يســـتطيع صاحب المواد أن يطلب نزعها واستردادها بعينها، فإن تعـــذر ذلك ماديًا أو قانونيًا بسبب تعلق حق صاحب الأرض بها وطلبه اســـتبقائها، فإنها تكون قد استهلكت من قِبَل البانى الذى يلتزم بتعويض

---

(١) السنهوري، ص ٣٢٤.

صاحبها، ويتمثل هذا التعويض فى أن يعيد له مثلها إن كانت مثلية، أما إن كانـــت قيمية فيلتزم بدفع أعلى قيمة لها فى الفترة من يوم الاستيلاء عليها إلى يوم طلبها من قبل صاحبها.

(ج) علاقة صاحب المواد بصاحب الأرض:

لـــيس لصاحب المواد الحق فى أن يطلب إزالة المنشآت لاسترداد مـــواده، إلا أنـــه مـــن الممكـــن أن يتملك صاحب الأرض تلك المواد بالالتصاق، على أن يقوم بتعويض البانى طبقًا لما سبق، هنا يكون لمالك الأدوات الحـــق فى أن يطلب من مالك الأرض التعويض المستحق فى ذمـــته للبانـــى وذلك من خلال الدعوى غير المباشرة التى يستخدم فيها الدائن حقوق مدينه.

ولصـــاحب المـــواد الـــرجوع مباشرة على مالك الأرض بدعوى مباشـــرة ليطالـــبه فـــيها بمـــا لا يزيد عما بقى فى ذمته من التعويض المستحق لصاحب المنشآت.

وإذا أزيلت المنشآت بناء على طلب صاحب الأرض أو بناء على طلب من أقامها طبقًا لقواعد الالتصاق، كان لصاحب المواد أن يستردها بوصـــفه مالكا لها، نظرًا لأن الالتصاق لم يتحقق فى هذه الحالة[1]. كل ذلك مع عدم الإخلال بحقه فى طلب التعويض طبقًا لقواعد المسئولية.

---

(١) وذلك ما لم يتم تملك المواد طبقًا لقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية..

المبحث الثالث
التصاق المنقول بالمنقول

"إذا التصق منقولان لمالكين مختلفين بحيث لا يمكن فصلهما دون تلف، ولم يكن هناك اتفاق بين المالكين، قضت المحكمة فى الأمر مسترشدة بقواعد العدالة ومراعية فى ذلك الضرر الذى حدث وحالة الطرفين وحسن نية كل منهما"(١).

يواجه النص فرض التصاق المنقول بالمنقول، والواقع أن الأمر لا يتعلق بالالتصاق بالمعنى الدقيق، بل هو أقرب إلى الاختلاط أو الاندماج.

(أ) المقصود بالاختلاط:

يقصد بالاختلاط أو التصاق منقول بمنقول أن يكون هناك اتحاد أو اندماج بين منقولين بحيث لا يمكن الفصل بينهما دون تلف، ويكون المنقولان مملوكين لشخصين مختلفبن. وعلى هذا فمقومات الاختلاط هى:

(١) اتحاد أو اندماج منقول مع منقول آخر وذلك كمزج كميتين من السائل أو الحبوب أو تحويل القماش إلى ملابس باستخدام الخيط وأدوات التطريز، أو تحويل الخشب إلى أثاث بإضافة ملونات وقطع معدنية وغيرها، أو ضم المنقولين فى شيء واحد كوضع قطعة من الماس فى خاتم من الذهب.

(٢) أن يكون المنقولان مملوكين لشخصين مختلفين، أما إذا كان المالك للمنقولين هو نفس الشخص فلا تثور مشكلة ولا تطبق أحكام الالتصاق.

---

(١) م ٩٣١ مدنى، منصور مصطفى منصور، ص ٣٠٣.

(٣) يجـب أن يـتعذر فصل المنقولين دون تلف، أما إن كان من الممكن تمييز وفصل منقول عن آخر فلا محل لإعمال أحكام الالتصاق.

(٤) ينبغى ألا يوجد اتفاق عن مصير المنقولات التى اندمجت، فإن وجد مثل هذا الاتفاق بين ملاك تلك المنقولات وجب إعماله. مثال ذلك عقـد الاستصـناع حـيث يحكم العلاقة بين المستصنع والصانع. فإن الصـانع وإن كـان يخلـط مواد مملوكة له بمواد مملوكة للمستصنع، يخضع للاتفاق المعقود بينه وبين المستصنع ولا تطبق قواعد الالتصاق.

(ب) أحكام الاختلاط:

تـرك القانون الأمر للمحكمة لتفصل فيه مسترشدة فى ذلك بقواعد العدالة، ومراعية فى ذلك الضرر الذى حدث وحالة الطرفين وحسن نية كل منهما، حيث يمكن للقاضى أن يحكم بالملكية لصاحب المنقول الأكبر قـيمة، أو للمالـك الـذى سيصاب بضرر أكبر بسبب فقده لمنقوله، أو للمالـك الأقـدر ماليًا على تعويض المالك الآخر، وقد يفضل القاضى المالك حسن النية[١].

ولعلـه مـن المناسـب فى هذا الصدد الاستهداء ببعض القواعد المقررة فى القانون المقارن وفقه الشريعة الإسلامية التى يمكن للقاضى الاستعانة بها، وتتمثل فى :

(١) يـتم فصل المنقولين إذا كان من الممكن فصلهما، وهنا يلتزم الخالط أى من قام بخلطهما بتعويض المالك عما أصابه من ضرر بسبب نقص المنقول أو تلفه كليًا أو جزئيًا.

(٢) إذا كـان الالتصاق أو الخلط بفعل أحدهما أو غيرهما متعديًا، ملك الخالط المختلط بالالتصاق ويلتزم بتعويض مالك المنقول، فإن كان

---

(١) هـنا نكون بصدد منقولات مملوكة لأشخاص مختلفة، مما قد يؤدى إلى تملك أحـد الملاك للمنقول الآخر طبقًا لقاعدة الحيازة، هنا لا تثور الحاجة إلى إعمال أحكام الالتصاق.

مثلـيًا وجب رد مثله وإن كان قيميًا التزم بدفع أعلى قيمة له فى الفترة من يوم الخلط إلى يوم المطالبة به.

(٣) إذا كان الالتصاق أو الخلط قد حدث بفعل الطبيعة أى دون تعد مـن أحد، قسم الخليط بين المالكين مناصفة، وعلى من يدعى منهما أنه أحق بنصيب أزيد من شريكه أو أن شريكه حصل ـ بدون حق ـ على نصيب يفوق نصيبه أن يقدم الدليل على ذلك.

لاشك أن هذا الحكم يصلح للتطبيق إذا كان الشيئان المخلوطان من جـنس واحد كالسوائل والحبوب، أما إن كنا بصدد أشياء غير متجانسة أو كـان الشيء المختلط لا يقبل القسمة فإن هذا الحكم يصعب إعماله. مثال ذلك التصاق الخشب والمعدن فى صنع قطعة أثاث أو وضع قطع غيار بالسيارة أو تطريز القماش بألوان ومواد معينة.

هـنا لا مفر من ترك السلطة التقديرية للقاضى، عند عدم الاتفاق بـين المـلاك، لتحديد من يملك الشيء الناتج عن الاختلاط، فقد يحكم القاضـى بالملكية لأحدهما على ضوء قواعد العدالة، ومراعاة الضرر الـذى حـدث وحالـة الطرفين وحسن نية كل منهما، وقد يظل الشيء مملـوكًا على الشيوع أو يأمر القاضى ببيعة وتوزيع ثمنه على الملاك طبقًا لنصيب وظروف كل منهم.



الفصل السادس
الحيـــــــازة

تحتل الحيازة Possession مكانة هامة بين أسباب كسب الملكية، وذلك نظرًا لما يترتب عليها من نتائج عملية خطيرة.

عـــرض المشـــرع للحيازة فى المواد ٩٤٩ إلى ٩٨٤ من التقنين المدنـــى تناول فيها كسب الحيازة وانتقالها وزوالها، ثم تكلم عن حماية الحيازة والدعاوى الخاصة بها وما يترتب عليها من آثار.

وتنقســم دراســتنا للحيازة إلى مبحثين، نتناول فى المبحث الأول الأحكام العامة للحيازة، ونتناول فى المبحث الثانى آثار الحيازة.

المبحث الأول
الأحكام العام للحيازة

نعـــرض فـــي هـــذا المبحث على التوالى لكل من مفهوم الحيازة، وعناصرها، وعيوبها، ثم نبين كسب وانتقال وزوال الحيازة.

المطلب الأول
مفهوم الحيازة

الفرع الأول
تعريف الحيازة

تحـــتل الحيازة مكانة هامة فى الأنظمة القانونية لما ترتبه من آثار خطيـــرة ســـواء كسبب لكسب الملكية أو كقرينة على قيامها، فالوضع الظاهر والمستقر عملاً أن الحيازة مظهر من مظاهر الملكية فمن يحوز شيئًا غالبًا ما يكون هو مالكه.

والحـــيازة هى وضع مادى به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شيء أو حق، فتجوز حيازة الحقوق العينية كحق الانتفاع وحق الارتفاق وحقـــوق الـــرهن المختلفة، كما تجوز حيازة الحقوق الشخصية. وهذا الوضـــع المادى قد يتفق مع الوضع القانونى، حيث يكون الحائز مالكا للشيء أو صاحب حق عينى عليه، وقد يخالف هذا الوضع القانونى فى حالة ما إذا كان الحائز لا يستند إلى أى حق على الشيء محل الحيازة.

وفـــى الحالتـــين يكون الحائز فى مركز المدعى عليه فيما يتعلق بعـــبء الإثـــبات إذا نوزع فى ملكية الشيء الذى يحوزه أو فى الحق العينـــى الوارد عليه لأنه صاحب السيطرة الفعلية من خلال ما يقوم به مـــن أعمال تتفق مع مضمون هذا الحق، أى أنه على من ينازع الحائز تقديم الدليل على سند حقه.

فالقانـــون يحمى الوضع الظاهر الذى يتفق غالبًا مع الحقيقة حيث يكـــون حائـــز الشـــيء مالكـــا له أو صاحب حق عينى عليه، فالوضع المألـــوف أن الحائز هو المالك أو صاحب الحق. والمشرع فى حمايته للحيازة يهدف إلى تحقيق الاستقرار والأمن فى المجتمع تحقيقًا للمصالح

العـــام، من خلال حماية الأوضاع الواقعية القائمة بالفعل ومنع الاعتداء عليها تفاديًا لشيوع الفوضى والاضطراب فى الجماعة.

ولا تـــوجد خشـــية مـــن حمايـــة الحيازة، ولو كانت غير مطابقة للحقـــيقة، لأن هذه الحماية مؤقتة، حتى يتقدم صاحب الحق فى الشيء المُحاز ويثبت حقه عن طريق القضاء وبالطرق التى رسمها القانون.

وتقـــوم الحيازة على عنصرين: عنصر مادى هو السيطرة المادية أو الفعلـــية علـــى شـــيء أو حق عينى عليه، وعنصر معنوى هو نية استعمال هذا الحق[1].

الفرع الثانى
أنواع الحيازة

الحيازة هى السيطرة الفعلية للشخصٍ على شيء مادى، مما يجوز الـــتعامل فـــيه، ووضع يده عليه، منقولاً كان أو عقارًا، والظهور عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عينى آخر، وهى تنقسم إلى عدة أنواع:

(أ) حيازة ملك وحيازة انتفاع:

(١) حـــيازة ملك يتصرف بها الحائز فى الشيء الذى يحوزه بأى نوع من أنواع التصرفات ظاهرًا عليه بمظهر المالك، وإن لم يبين سبب ملكيته له فتكون يده مهما استمرت حيازة ملك على الشيء.

(٢) حيازة انتفاع بإجارة أو نحوها، حيث يكون الشيء فيها مملوكًا لغيـــر حائزه، الذى لا يكون له إلا مجرد الانتفاع بالشيء انتفاعًا مؤقتا طبقًا لسبب إنشائه.

(ب) الحيازة القانونية والحيازة العرضية:

فـــى حـــيازة الملـــك يكون لدى الحائز كافة السلطات الفعلية على الشيء والظهور عليه بمظهر المالك أى أنه يباشر سلطات المالك على الشيء لحساب نفسه وباسمه.

---

(١) السنهوري، ص ٧٩١.

وتســمى هــذه الحيازة بـــ **"الحيازة القانونية"** حيث يتوافر فيها العنصـــران المـــادى والمعنوى. أى الحيازة المادية للشيء أو السيطرة الفعلـــية عليه، بالإضافة إلى نية الظهور بمظهر المالك فى ممارسة هذه السلطات، أى أن الحائز يحوز باسمه ولحساب نفسه[1].

أمـــا إن فقـــدت الحيازة العنصر المعنوى تكون **"حيازة عرضية"** Détention ou possession précaire حـــيث يحـــوز الحائـــز الشيء حيازة مادية لحساب غيره وليس لديه قصد استعماله لحساب نفسه، فهو وإن كانـــت لديه السيطرة المادية على الشيء (العنصر المادى)، إلا أنه

---

(١) الأصـــل أن وضـــع الـــيد لا اعتبار له قانونا إلا بالنسبة لمن أراد حيازة المال لنفســه وحازه بنية تملكه والأصل فى الحيازة أنها دخول المال فى مكنة الحائز وتصـــرفه فيه التصرفات المادية القابل لها. غير أنه إذا كان المال من نوع ما يكـــون الاستيلاء عليه منشئا للملك لا ناقلاً له إما لكونه غير مملوك أصلاً لأحد أو لكـــونه سبق فيه الملك لأحد، فإن مجرد دخوله فى مكنة من استولى عليه لا يكفـــى قانـــونا لاعتبار هذا المستولى منتويًا التملك ما لم يكن قد أجرى فيه من الأعمـــال الظاهرة المستمرة ما يدل على قيام هذه النية لديه. فتسوير هذا النوع مـــن المـــال أو المرور به لا يكفى وحده فى ثبوت حيازته أو وضع اليد عليه. وأما الأموال التى تتلقى ملكيتها عن مالكها بسند معتبر قانونا، فإن الحيازة فيها ووضـــع اليد عليها يثبتان لمتلقيها بمجرد تسلمها بالحالة التى هى عليها، والتسلم يعتبـــر تامًا متى وضعت تحت تصرفه بحيث يمكنه الانتفاع بها بدون مانع ولو لم يتسلمها بالفعل، ومتى اكتسبت الحيازة واليد على هذا الوجه فإنهما يبقيان لمن اكتســبهما حافظين خصائصهما مفيدين أحكامهما ما دام لم يعترضه من يعكرها علـــيه أو يـــزيلها عنه ويسكت هو المدة التى تستوجب بمرورها يد المعترض حمايـــة القانون. فإذا كان الثابت أن الأرض المتنازع عليها فضاء، وليست من الأراضـــى التـــى لـــم يسبق فيها الملك لأحد، بل هى من الأراضى التى تلقيت الحـــيازة فيها بالتخلية من ملاكها المتعاقدين. فيكفى فى ثبوت وضع اليد عليها القـــيام ــ مـــع عـــدم المنازعة ــ بإنشاء حدود لها والمرور فيها ودفع الأموال المســـتحقة علـــيها. وإذن فالحكم الذى لا يكتفى فى ثبوت وضع اليد عليها بهذه المظاهـــر، بل يشترط تسويرها على الأقل يكون حكمًا مخطئًا فى تكييف وضع اليد ويتعين نقضه. (جلسة ١٩٣٩/٥/١١ طعن رقم ٤ سنة ٩ق)

لا يظهـــر بمظهر المالك فى مباشرة السلطات عليه، فسند حيازة الحائز العرضـــى يتضمن اعتراف الحائز بأنه يحوز لحساب غيره، وأنه يلتزم برد الشيء إلى صاحبه.

لذلك تقرر محكمة النقض أن الحيازة العرضية هى حيازة لحساب الأصيل وحده، الذى له، عند فقدها أن يستردها ولو كان من سلبها منه هو الحائز العرضى، ولئن كان لهذا الأخير أن يحمى حيازته العرضية باستردادها من الغير الذى يسلبه إياها، إلا أنه ليس له أن يلجأ إلى هذه الدعوى ضد الأصيل الذى يحوز لحسابه(١).

ومن أمثلة الحائز العرضى، الخادم والعامل حيث يعمل كل منهما لحســـاب الحائز القانونى أو المالك، وكذلك النائب القانونى أو الاتفاقى الذى يحوز لحساب الأصيل، وكذلك صاحب حق الانتفاع أو الاستعمال أو السكنى، والدائن المرتهن رهن حيازة، والمستأجر والمزارع(٢).

---

(١) الطعن ٤٨٩ س ٥٠ق، جلسة ١٩٨٤/١١/٢٩.

(٢) وعلـــى ذلك، فلا تحصل الملكية بوضع اليد للمستأجر والمنتفع والمودع عنده والمســـتعير.ولا لورثـــتهم مـــن بعـــدهم، فهذا الذكر ليس واردًا بها على سبيل الحصـــر، بل واضح أنه على سبيل التمثيل فقط. (جلسة ١٩٣٥/١٠/٣١ طعن رقم ١ سنة ٥ق)

وضـــع يـــد المشترى على العين المبيعة بعد فسخ العقد استنادًا إلى حقه فى حبسها لحـــين اســـترداد الـــثمن. حـــيازة عرضـــية. عـــدم صلاحيتها لكسب الملكية بالتقادم.(نقض ١٩٧٧/٣/٣٠ س ٢٨ ص ٨٣٠)

فـــى سبيل الفصل فى دفاع الطاعن بأنه كسب ملكية هذه الأطيان بالتقادم، وفى رد المطعون عليها بأن وضع يده لم يكن بصفته مالكًا وإنما كان بصفته وكيلًا عن الـــورثة ـــ قد بحثت صفة الطاعن فى وضع يده فتعرضت للوكالة التى ادعتها المطعون عليها وقالت بقيامها، فإن ذلك كان لزامًا على المحكمة للتحقق مما إذا كـــان وضع يد الطاعن هو بصفة الملك فيكون دفاعه صحيحًا أو بصفة الوكالة فيكون رد المطعون عليها هو الصحيح فإذا هى انتهت بناء على الأدلة والقرائن التـــى أوردتهـــا فى حكمها إلى تقرير عجز الطاعن عن إثبات صفة المالك فى =

ويُعبَّر عن الحيازة العرضية، أحيانًا، بأنها حيازة انتفاع، أى لمجرد الانـــتفاع بالشيء طبقًا لما يقرره السبب الذى يعطيه حق الانتفاع عقدًا كـــان أو وصـــية فـــيكون الشيء مملوكًا لشخص ويحوزه شخص آخر للانـــتفاع به، ولما كان الانتفاع حق مؤقت يزول بزوال سببه فالحيازة مؤقتة به أيضًا[1].

وذلـــك بخـــلاف الحـــيازة القانونية التى هى حيازة ثبوت أو ملك فيظهـــر الثابت على الشيء بمظهر المالك له، ويتصرف فيه بكل أنواع التصـــرفات التـــى تكون للمالك على ما يملك وإن لم يبين سبب ملكيته للشـــيء الذى يثبت عليه، فتكون حيازته له حيازة ملك. أى أن القانون يحمـــى الحيازة القانونية بعنصريها المادي والمعنوى بغض النظر عن الســـند القانونـــى لصاحبها، وذلك انطلاقًا من قرينة قانونية مؤداها أن الحائز القانونى، الأصل فيه أنه المالك لما يحوز، إلا أن يقام الدليل على العكس، ويتقدم صاحب الحق فى الشيء ويثبت أحقيته به.

(ج) نتائج التفرقـــــة:

يترتب على التفرقة بين الحيازة القانونية والحيازة العرضية:

(١) إن دعـــاوى الحـــيازة مكرسة، كقاعدة عامة، لحماية الحيازة القانونية دون الحيازة العرضية. خرج المشرع على هذه القاعدة استثناءً بالنســـبة للمســـتأجر، وهو حائز عرضى، حيث خوله اللجوء إلى هذه الدعاوى لحماية حيازته العرضية.

(٢) إن الحـــيازة القانونـــية وحـــدها هى التى يترتب عليها كسب الحقوق العينية بالتقادم.

وضع يده فليس فى هذا الذى أجرته أية مخالفة للقانون. (جلسة ١٩٥١/١١/٢٩ طعن رقم ١٥٤ س ١٩ق)

(١) محمد كامل مرسي، ص ١١.

(د) تغير الحـــــيازة:

يمكن أن تتحول الحيازة العرضية إلى حيازة قانونية فى حالتين:

الأولـــى: تغييـــر صفة الحيازة بفعل الغير، وذلك كحصول الحائز العرضـــى على سند من شأنه أن ينقل إليه الملكية بفرض صدوره من المالـــك. مثال ذلك شراء مستأجر حسن النية العين المؤجرة من شخص يدعى ملكيتها.

الثانية: تغيير صفة الحيازة بفعل الحائز، حيث ينازع المالك ملكيته ويدعيها لنفسه.

وتعبـــر محكمـــة الـــنقض عن ذلك بقولها أن الحائز العرضى لا يســـتطيع كســـب الملـــك بالتقادم على خلاف سنده إلا إذا تغيرت صفة حـــيازته، إما بفعل الغير وإما بفعل من الحائز، يُعتبر معارضة ظاهرة لحـــق المالـــك، ولا يكفى فى تغيير الحائز صفة وضع يده مجرد تغيير نيته، بل يجب، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ــ أن يكون تغيير النية بفعل إيجابى ظاهر يجابه حق المالك بالإنكار الساطع والمعارضة العلنـــية ويـــدل دلالـــة جازمة على أن صاحب اليد الوقتية يزمع إنكار الملكية على صاحبها واستئثاره بها دونه[1].

---

(١) نقض ١٩٨٩/٥/٢٨ طعن ٣١٩ س ٥٥ق.

الحائـــز العرضـــى لا يستطيع كسب الملك بالتقادم على خلاف سنده إلا إذا تغيرت صفة حيازته إما بفعل الغير، وإما بفعل منه يعتبر معارضة ظاهرة لحق المالك.
(الطعن رقم ٣٨٥ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/١٢/٢١ س ٢٣ ص ١٤٥٠)

الحائـــز بطـــريق النـــيابة عن صاحب الأرض إذا أقام عليها منشآت دون إذن من صاحبها، فإن مجرد إقامتها لا يعتبر بذاته تغييرًا لسبب الحيازة ومعارضة لحق المالك بسبب جديد، بل إن القانون يرتب للمالك الحق فى أن يطلب استبقاء هذه المنشآت إذا لم يكن قد طلب إزالتها فى ميعاد سنة من يوم علمه بإقامتها.

وضع اليد بسبب وقتى معلوم غير أسباب التمليك المعروفة لا يعتبر صالحًا للتمسك بـــه إلا إذا حصـــل تغيير فى هذا السبب يزيل عنه صفته الوقتية. والمفهوم من
=

قـــواعد التملك بمضى المدة الطويلة ومن باقى الأصول القانونية أن هذا التغيير لا يكـــون إلا بإحـــدى اثنتـــين: أن يتلقى ذو اليد الوقتية مالك العين عن شخص للتصـــرف فـــيها أو أن يجابه ذو اليد الوقتية ملك العين مجابهة ظاهرة صريحة بصـــفة فعلية أو بصفة قضائية أو غير قضائية تدل دلالة جازمة على أنه مزمع إنكـــار الملكية على المالك والاستئثار بها دونه وإذن فالواقف الذى هو مستحق للوقـــف أو ناظر عليه لا يمكن أن يكون وضع يده إلا بصفة وقتية باعتبار أنه منتفع أومدير لشئون العين بالنيابة عن جهة الوقف. فحكم المادة ٧٩ من القانون المدنـــى يســـرى بداهة عليه وعلى ورثته من بعده مهما تسلسل توريثهم وطال وضع يدهم على النحو السالف الذكر. (جلسة ١٩٣٥/٢/٢٨ طعن رقم ٣٦ سنة ٤ق)

تغييـــر الصـــفة فـــى وضع اليد لا يكون إلا بعمل مادى أو قضائي مجابه لصاحب الحـــق، وإذن فـــإذا باع المحتكر العين دون أن يشير فى العقد إلى أنها محكرة فـــذلك مـــنه لا يعد تغييرًا فى الصفة لأنه لم يحصل فى مواجهة الوقف. (جلسة ١٩٤٢/٥/١٤ طعن رقم ٦٢ سنة ١١ق)

يجوز تغيير صفة الحائز بعد انتهاء عقد قسمة المهايأة من حائز بسبب وقتى معلوم إلـــى حائـــز يقصد التملك، إذا جابه هذا الحائز باقى الملاك المشتاعين بما يفيد القصد فى التملك. (نقض ١٩٨٤/١١/٧ س ٣٥ ص ١٨٠٣)

الحائـــز لحســـاب غيـــره لا يستطيع أن يكسب بحيازته العرضية حق ملكية العين بالـــتقادم إلا إذا تغيـــرت صـــفة حيازته وتحولت من حيازة عرضية إلى حيازة أصلية. (نقض ١٩٧٥/٥/١٣ س ٢٦ ص ٩٩٧)

حصـــول الحائز العرضى على ترخيص باسمه لإدارة الماكينة محل النزاع، لا يعد فى ذاته تغييرًا لصفة الحيازة أو معارضة لحق المالك. (نقض ١٩٧٧/١/٤، س ٢٨ ص ١٤٧)

قيام واضع اليد بطريق النيابة عن غيره بهدم المبانى المقامة فى العين وإقامتها من جديـــد لا يعتبر بذاته تغييرًا لسبب وضع يده ومجابهة للمالك بالسبب الجديد ولا يترتب على وضع اليد كسب الحائز بتلك الصفة ملكية العقار بالتقادم مهما طال الزمن. (جلسة ١٩٥٥/٣/٣١ طعن رقم ٣٢٧ سنة ٢١ق)

=

(هـ) النظرية الشخصية والنظرية المادية للحيازة:

تــرى النظرية الشخصية أن الإرادة الشخصية للحائز هى العنصر الأساســى للحــيازة الحقيقية، فالحيازة لا تقوم إلا إذا كان الحائز يعمل لحســاب نفســه. إن نــية الحائز أن يعمل لحساب نفسه تعتبر العنصر الأساســى الــذى يخلــق حيازة حقيقية، بمعنى أنه يباشر سلطته على الشــىء بقصد الظهور بمظهر المالك أو صاحب حق عينى آخر عليه. فإن كان الحائز يحوز لحساب غيره، فلا يعتبر حائزًا بالمعنى الحقيقى، وإنما يكون مجرد حائز عرضى.

وترى النظرية المادية أن إرادة الحائز ليس لها الدور الأساسى فى الحــيازة، بل هى مجرد عنصر فى نطاق السلطة الفعلية التى يباشرها الحائــز علــى الشــىء. وتقوم الحيازة حيثما وجدت سلطة فعلية على الشــىء، ســواء أكان الحائز يباشر هذه السلطة لحساب نفسه، أم كان يباشرها لحساب غيره، وإن كان لا يفيد من الحيازة فلا يخرج من نطاق الحــيازة ســوى الحيازة التبعية، وهى التى يباشر الحائز سلطته على

فــإذا كــان الــرهن التأمينى الذى لا يتجر فيه الراهن عن الحيازة ولا يقترن بأى مظهــر خارجى يتبين منه نية الغصب لا يتم به تغيير صفة الحيازة فى التقادم المكسب على النحو الذى يتطلبه القانون، كما أن وضع يد الواقف المستحق فى الوقــف والناظــر عليه حتى وفاته وضع يد وقتى وكذلك يكون وضع يد أولاده مــن بعده مشوبًا بالوقتية ولو كان بنية التملك ومن ثم فإن رهن الواقف أو أحد أولاده عــين الوقف رهنًا تأمينيًا لا يتم به تغيير صفة الحيازة إذ هو لا يتضمن مجابهــة حــق جهة الوقف بفعل إيجابى ظاهر. (نقض ١٩٦١/١٢/٢٨ س ١٢ ص ٨٣٩)

وضع يد المحتكر وورثته من بعده هو وضع يد مؤقت مانع من كسب الملكية، ولا يقبل من المحتكر التحدى بانفساخ عقد التحكير لعدم دفع الأجرة فى صدد تمسكه بتغييــر صــفة وضــع يده الحاصل ابتداء بسبب التحكير، بل مهما انفسخ عقد التحكير للعلة المذكورة فإن صفة وضع اليد تبقى على حالها غير متغيرة.(جلسة ١٩٣٦/٤/٢٣ طعن رقم ٧٦ س ٥ق)

الشـــيء لحساب غيره دون أن يفيد من الحيازة، كما هو الحال بالنسبة إلى الخادم والسائق.

وتـــبدو أهمـــية الخلاف بين النظريتين فى أن النظرية الشخصية تقصـــر الحماية القانونية بمقتضى دعاوى الحيازة على الحيازة الحقيقية (القانونـــية) دون العرضـــية. أما النظرية المادية فترى أن هذه الحماية تشمل كذلك الحيازة العرضية.

وقـــد ســـادت النظـــرية المادية لدى الشرائع الجرمانية، كالتقنين الألمانـــى والتقنين السويسرى. أما الشرائع اللاتينية فقد تأثرت بالنظرية الشخصية، وعلى رأسها القانون الفرنسى وكذلك القانون المصرى حيث لا يمنح الحائز العرضى الحماية القانونية بدعاوى الحيازة إلا فى حالات معيـــنة علـــى سبيل الاستثناء، مثال ذلك المستأجر، ويجوز لمن يحوز بالنيابة عن غيره أن يسترد الحيازة[1].

الفرع الثالث

محل الحيازة

تتمـــثل الحـــيازة فـــى مباشرة الحائز لسلطته على الشيء بقصد الظهـــور علـــيه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر. ترد الحيازة علـــى شيء مادى، هذا الشيء محل الحيازة يجب أن يكون مما يجوز الـــتعامل فيه، وقابلاً لأن ترد عليه ملكية خاصة، وأن يكون مما يجوز كسب ملكيته بالتقادم، وتقتصر الحيازة على الحقوق العينية.

---

(١) م ٢/٩٥٨، ١/٥٧٥ مدنى.

وفى القانون اللبنانى تقبل دعوى منع التعرض ودعوى استرداد الحيازة من الحائز العرضـــى كالوديـــع والمرتهن والمستأجر والمزارع وصاحب الامتياز فى ملك الدولـــة العـــام، باستثناء الحالة التى تكون الدعوى موجهة فيها ضد من استمد الحائز العرضى حقوقه منه (م ١/٢٠، ٢٣ أصول محاكمات مدنية).

(أ) الشيء القابل للتعامل فيه:

إن الشيء محل الحيازة يجب أن يكون قابلاً للتعامل فيه، فالأشياء التـــى لا يجوز التعامل فيها لا تصح حيازتها. فالأموال العامة لا تصح حـــيازتها، لأنهـــا لا يجـــوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم[1].

---

(١) م ٢/٨٧ مدنى.

وضـــع اليد على الأموال العامة مهما طالت مدته لا يكسب الملكية إلا إذا وقع بعد انتهاء تخصيصها للمنفعة العامة، بمعنى أنه لجواز تملك الأموال العامة بالتقادم يجـــب أن يثبت أولاً انتهاء تخصيصها للمنفعة العامة، إذ من تاريخ هذا الانتهاء فقط تدخل فى عداد الأملاك الخاصة فتأخذ حكمها، ثم يثبت وضع اليد عليها بعد تلك المدة الطويلة المكسبة للملكية بشرائطها القانونية. (نقض ١٩٧٠/٣/١٩ س ٢١ ص ٤٨٠).

المقـــرر قانونًا ــ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ــ أن الأموال التى تصبح من الأموال العامة بمجرد تخصيصها بالفعل لمنفعة عامة هى الأموال المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة عملاً بالمادة ٨٧ من القانون المدنى، أما الأمـــوال المملـــوكة للأفراد فلا تكسب صفة الأموال العامة بمجرد تخصيصها بالفعـــل للمـــنفعة العامة بل ينبغى أن تنتقل إلى ملكية الدولة بإحدى طرق كسب الملكية المنصوص عليها فى القانون ثم تخصص بعد ذلك للمنفعة العامة. (نقض ٣٩٠٦ لسنة ٦٠ق، جلسة ١٩٩١/٦/٢٧ ــ الطعن ١٥١٧ س ١٥ق، جلسة ١٢ /١٩٩٢/٤)

اعتـــبار الأرض أثـــرية. لا يجوز تملكها بالتقادم. شرطه. صدور قرار من مجلس الـــوزراء أو الوزيـــر المختص باعتبارها كذلك. مجرد وصفها بأنها أثرية فى قـــوائم المســـاحة. لا يكفى. مخالفة ذلك. خطأ.(الطعن رقم ١٥٦٦ لسنة ٥٩ق، جلسة ١٩٩٣/٦/٢١ ــ الطعن ٢٨٠٩ س ٩ق جلسة ١٩٩٤/٤/١٣).

(ب) الشيء الذى يجوز تملكه بالتقادم:

هناك أشياء تقبل التعامل فيها، ويمكن أن تكون محلاً لملكية خاصة، ولكن لا يجوز اكتساب ملكيتها بالتقادم، وبالتالى لا يصح حيازتها. فالحيازة ترد على الشيء الذى يجوز تملكه بالتقادم[1].

---

(١) **وضع اليد على أرض الوقف:** ملكية الوقف لا تسقط الدعوى بها بمجرد الإهمال مدة ثلاث وثلاثين سنة. بقاؤها لجهة الوقف ما لم يكسبها أحد بوضع اليد مدة ثلاث وثلاثين سنة مستوفيًا جميع الشرائط المقررة قانونًا لاكتساب ملكية العقار بالتقادم وذلك قبل حظر المشرع تملك أعيان الوقف الخيرى بعد تعديل المادة ٩٧٠ مدنى بالقانون ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ المعمول به من ١٣/٧/١٩٥٧.

ثبوت أن عقار التداعى وقف خيرى يتمثل فى ضريح به رفات ملحق به مدرسة لتحفيظ القرآن تابع لإدارة الأضرحة والمدافن بوزارة الأوقاف. قضاء الحكم بثبوت ملكية المطعون عليهن لهذا العقار لتوافر وضع يدهن عليه منذ ثلاث وثلاثين سنة سابقة على تعديل المادة ٩٧٠ مدنى دون التحقق من زوال تخصيصه للمنفعة العامة. خطأ وقصور.

الأماكن المخصصة للعبادة والبر والإحسان والتى تقوم الدولة بإدارة شئونها والصرف عليها من أموالها والمبانى المخصصة للمقابر ــ الجبانات ــ شرط اعتبارها من أملاك الدولة العامة. تخصيصها للدفن وحفظ رفات الموتى بعد دفنهم. عدم جواز تملكها بوضع اليد عليها إلا بعد زوال تخصيصها لما أعدت له واندثار معالمها وآثارها. (الطعن رقم ٢٥٢٣ لسنة ٦١ق جلسة ٣/٣/١٩٩٦)

الواقف وذريته وناظر الوقف والمستحقون فيه والمستأجرون والمحتكرون. وضع يدهم على الأعيان الموقوفة مؤقت مانع من كسب الملكية مهما طالت مدته حتى صدور القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بإنهاء نظام الوقف على غير الخيرات. (الطعن رقم ١٥٣٧ لسنة ٦٠ق، جلسة ٩/٦/١٩٩٦)

وضع اليد على أرض الوقف بسبب التحكير. مؤقت. لا يكسب الملكية بالتقادم إلا إذا تغيرت صفة الحيازة بفعل الغير أو بفعل من المستحكر يتضمن إنكارًا لحق المالك. (الطعن رقم ٣٠٨ لسنة ٥٩ق، جلسة ١٣/٣/١٩٩٤)

فــلا تصح حيازة الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة. وكذلك أموال الوحدات الاقتصادية التابعة للمؤسسات العامـــة أو الهيــئات العامة وشركات القطاع العام غير التابعة لأيهما، وكذلك أموال الأوقاف الخيرية. فكل هذه الأموال تصلح أن تكون محلاً لملكية خاصة، إلا أنه لا يجوز، مع ذلك، تملكها أو كسب أى حق عينى آخر عليها بالتقادم[١].

---

(١) م ٢/٩٧٠ معدلة بالقانون ١٩٧٠/٥٥.

من الواجب توافر نية التملك لمن يبغى حماية يده بدعوى منع التعرض، ولازم ذلك أن يكــون العقار من العقارات التى يجوز تملكها بالتقادم فلا يكون من الأموال الخاصة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة التى منع الشارع تملكها أو كسب أى حــق عينى عليها بالتقادم بما نص عليه فى المادة ٩٧٠ من القانون المدنى. (نقض ١٩٧٧/١١/٩ س ٢٨ ص ١٦٣٩)

الأمــوال الخاصـــة المملــوكة للدولة. عدم جواز تملكها أو كسب حق عينى عليها بالــتقادم. م ٩٧٠ مدنـــى المعدلة بالقانون ١٤٧ لسنة ١٩٥٧. (الطعن رقم ١٤ لسنة ٥٣ق، جلسة ١٩٩٢/١٢/٦)

الحكــم المثــبت للتملك بالتقادم. وجوب أن يعرض لشروط وضع اليد ومنها كون المـــال مما يجوز تملكه بالتقادم. التزام محكمة الموضوع بالتحقق من توافر هذه الشروط. (الطعن رقم ١٤ لسنة ٥٣ق، جلسة ١٩٩٢/١٢/٦)

عــدم جــواز تملــك الأموال الخاصة المنقولة للدولة أو كسب أى حق عيني عليها بالــتقادم. م ٩٧٠ مدنى المعدلة. الاستثناء. ما تم كسب ملكيته من هذه الأموال بالــتقادم قبل العمل بالقانون ١٤٧ لسنة ١٩٥٧. علة ذلك. (الطعن رقم ١٢١٣ لسنة ٦١ق، جلسة ١٩٩٥/١٢/٢٧).

إقرار حالات الملكية السابقة على نفاذ القانون ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المستندة إلى حكم الفقــرة الثالــثة من المادة ٨٧٤ من القانون المدنى. المادة ٣/٧٥ ق ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ بتنظــيم العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة. علة ذلك. (الطعن رقم ١٨٩٥ لسنة ٦١ق، جلسة ١٩٩٢/١/٥).

=

ويجوز للحائز العرضي لتلك الأموال أن يحمى حيازته بدعوى استرداد الحيازة. وإذا كان مستأجرًا جاز له أن يحمي حيازته بجميع دعاوى الحيازة، وذلك ضد أى شخص ما عدا الجهة التى يرتبط معها الحائز العرضى بسند حيازته. ولكن ليس للجهة الإدارية التى تهيمن على هذه الأموال أن تلجأ إلى دعاوى الحيازة لحماية حيازتها، بل يكون لها فى حالة التعدى الحق فى إزالته إداريًا[1].

إدارة الأراضى الصحراوية والتصرف فيها لأغراض الاستصلاح والاستزراع منوط بالهيئة العامة لمشروعات التعمير. التزام المتصرف إليه فى هذه الأراضى من الهيئة المذكورة ـ سواء بالبيع أو الإيجار ـ باستصلاحها واستزراعها طبقا للشروط والأوضاع التى يضعها مجلس إدارة الهيئة وتتضمنها العقود المبرمة فى هذا الشأن. حظر استخدام تلك الأراضى فى غير الغرض المخصصة من أجله أو التصرف فيها أو تقرير حق عينى عليها إلا بعد استصلاحها واستزراعها. مخالفة ذلك. أثره. بطلان التصرف بطلانا متعلقا بالنظام العام. م ٢، ١٣، ١٦، ١٧ ق ١٤٣ لسنة ١٩٨١ فى شأن الأراضى الصحراوية. (الطعن رقم ١٣٥٢ لسنة ٦٠ق، جلسة ١٩٩٦/٣/٣١).

الأراضى غير المزروعة والتى لا مالك لها. اعتبارها من أموال الدولة الخاصة. مؤداه. خضوعها لقواعد التقادم المكسب حتى تاريخ العمل بالقانون ١٤٧ لسنة ١٩٥٧. علة ذلك. لا أثر لهذا القانون على ما تم كسب ملكيته بالتقادم من أموال الدولة الخاصة قبل العمل به. (الطعن رقم ٢٨٠٩ لسنة ٥٩ق، جلسة ١٣/٤/١٩٩٤)

(١) م ٣/٩٧٠ مدنى.

والجدير بالذكر أن القضاء الإدارى يستقر على أن أعمال الإدارة لسلطتها فى إزالة التعدى على أملاكها بالطريق الإدارى والمخولة لها بمقتضى نص المادة ٩٧٠ من القانون المنى منوط بتوافر أسبابها وتحقق دواعى استعمالها من وجود اعتداء ظاهر على ملك الدولة أو غيرها من الأشخاص المحددة فى النص أو محاولة ذلك بحيث إذا لم يتوافر أو يتحقق شيء من ذلك فإن مناسبة استعمال هذه السلطة وسبب الالتجاء إليها يكون متخلفا، فإذا كان واضع اليد على أحد العقارات يستند فى وضع يده إلى ادعاء لحق على العقار له ما يبرره من =

(ج) ترد الحيازة على الحقوق العينية:

تقتصـــر الحـــيازة علـــى الحقـــوق العينية، ولا ترد على الحقوق الشخصية. فالمستأجر لا يعتبر حائزًا قانونيًا بل هو حائز عرضى خوله القانون دعاوى الحيازة على سبيل الاستثناء، ولا يجوز له اكتساب ملكية الشيء المؤجر أو أى حق عيني آخر عليه بالحيازة العرضية.

ويرد على تلك القاعدة استثناء خاص بالدين الثابت فى سند لحامله، حـــيث يندمج فى السند، فيكون حائز السند حائزًا للدين الثابت فيه، ومن ثـــم تنطبق عليه أحكام الحيازة، رغم أننا بصدد حق شخصى، وتسرى عليه قاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز.

وتـــرد الحيازة على الحقوق العينية الأصلية وكذلك الحقوق العينية التبعـــية التـــى تســـتلزم حـــيازة الدائن للشيء المحمل بالحق، كالرهن الحـــيازى. فإذا كان الشيء المرهون حيازيًا عقارًا غير مملوك للراهن،

مستندات تؤيد فى ظاهرها ما يدعيه من حق أو كانت بالحالة الظاهرة تدل على جديـــة مـــا ينســـبه لنفسه من مركز قانونى بالنسبة إلى العقار انتفى القول بقيام المنصـــب أو الاعـــتداء وعندئذ لا يجوز للدولة فى مثل هذا الوضع أن تتدخل بســـلطتها العامة لإزالة وضع اليد لأنها لا تكون إذ ذاك فى مناسبة رفع اعتداء أو إزالة غصب وإنما تكون فى معرض انتزاع ما تدعيه هى من حق وهو أمر غير جائز بحسب الأصل الذى يجعل الفصل فى حقوق الطرفين وحسم نزاعهما للسلطة القضائية المختصة لحكم ولايتها الدستورية والقانونية.

ومـــن حـــيث أوراق الدعوى ومستنداتها وتقارير الخبرة المودعة فيها تنطق بجلاء بـــأن المدعيين يستندان إلى ادعاء حقيقي بحق على الأرض موضوع القرارين المطعـــون علـــيهما وتطمـــئن المحكمة إلى جدية ما ينسبان لنفسهما من مركز قانونـــى بالنسبة إلى العقار فينتفى عنهما وصف الغصب وما كان يسوغ للإدارة أن تســـعى إلـــى انتـــزاع ما تدعيه من حق وحسم نزاعها مع الأفراد باستخدام ســـلطتها العامـــة وإلا كان قرارها مشوبًا بعيب مخالفة القانون وإساءة استعمال الســـلطة. (محكمة القضاء الإداري بالإسكندرية، الطعن ١١٧٢س ٥٣ق جلسة ٢٠٠٠/١٢/١٨).

اســتطاع الدائن المرتهن أن يكسب حق الرهن عليه بالتقادم الطويل أو القصــير بحســب الأحوال. وكذلك الحال إذا كان المرهون منقولاً غير مملــوك للراهن، كان للدائن المرتهن إذا كان حسن النية أن يكسب حق الرهن عليه بمجرد حيازته طبقًا لقاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز. أمــا الحقوق العينية التبعية التى لا تستلزم حيازة الدائن للشيء المحمل بالحق، فلا تصح حيازتها.

(د) الأشــياء الماديــة:

تقتصــر الحــيازة على الأشياء المادية، ويستوى أن يكون الشيء محــل الحيازة عقارًا أو منقولاً، شائعًا أو مفرزًا. مؤدى ذلك أن الحيازة لا تــرد علــى الحقوق المعنوية، كحق المؤلف، وحق التاجر فى الاسم الــتجارى والعلامــة التجارية، ولا ترد الحيازة كذلك على مجموع من الأموال، كأموال التركة والمحل التجارى، فمثل هذا المجموع لا يصلح فــى جملته أن يكون محلاً للحيازة[1]، ولكن يمكن أن ترد الحيازة على عنصر مستقل من عناصره.

المطلب الثانى

عناصر الحيازة

يلزم لوجود الحيازة القانونية توافر عنصران: العنصر الأول مادى هو السيطرة المادية Corpus وعنصر معنوى هو القصد auimus أو نية استعمال الحق كمالك له[2].

---

(١) انظر مع ذلك ما يلى ص ٤٨٨.

Ann Pélissier, possession et meubles incorporels, Dalloz, 2001, P.15.

(٢) الحــيازة فــى عنصرها المادى ـــ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ـــ تقتضى السيطرة الفعلية على الشيء الذى يجوز التعامل فيه، وهى فى عنصرها المعــنوى تستلزم نية اكتساب حق على هذا الشيء. (الطعن رقم ١٩٥٩ س ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/٤/٢٠).

الفرع الأول
العنصر المادى

(أ) مفهوم العنصر المادى:

١- الحـــيازة وضع مادى يسيطر الشخص به سيطرة مادية فعلية على شيء يجوز التعامل فيه، أو يستعمل عليه بالفعل حقًا من الحقوق. وتتمـــثل السيطرة المادية فى استعمال الشيء من خلال القيام بالأعمال الماديـــة التـــى يقتضيها هذا الاستعمال، وذلك كالأعمال التى يقوم بها المالـــك عادة فى استعماله لحق الملكية، حيث يستعمل الشيء ويستغله ويتصـــرف فـــيه كمالـــك له[١]. مثال ذلك سكنى الدار أو تأجيرها، أو زراعـــة الأرض أو مزارعتها، ويمكن التصرف فيها بالبيع أو الهبة أو الـــرهن وغيـــر ذلـــك من التصرفات، كترتيب حق ارتفاق بالشرب أو بالمرور[٢].

٢- ولا يُشترط لقيام الركن المادى أن يكون الشيء محل الحيازة مملـــوكًا للحائـــز أو غير مملوك له، إلا أنه ينبغى أن يكون هذا الشيء قـــابلاً للـــتعامل فـــيه، وأن يكون قابلاً للتملك. فالأموال العامة لا يمكن حـــيازتها لأنهـــا لا تصلح لأن تكون محلاً للملكية الخاصة، ومن ثم لا

---

(١) وضـــع الـــيد المكســـب للملكـــية. واقعة مادية. العبرة فيها بوضع اليد الفعلى المســـتوفى عناصـــره القانونية. لا عبرة بما يرد بشأنها فى محرر أو تصرف قانونى قد يطابق أو لا يطابق الواقع. (الطعن رقم ٢٤٣ لسنة ٥٨ق، جلسة ١٨/ ١٩٩٢/٦).

(٢) وجـــوب بـــيان الحكم للوقائع التى تؤدى إلى توافر شروط وضع اليد. (الطعن رقم ٨٣ لسنة ٦٠ق، جلسة ١٩٩٤/١٢/٧).

البـــيع الذى يكون محله عينًا معينة. يحق للدائن أن يضع يده عليها مادمت مملوكة للمدين البائع وقت البيع أو آلت ملكيتها إليه أو إلى ضامنه. (الطعن رقم ٥٠٨٣ لسنة ٦٣ق، جلسة ١٩٩٥/١/٢٩)

يجوز حيازة الأموال المملوكة للدولة ملكية خاصة أو تلك المملوكة للأشخاص الاعتبارية العامة.

٣- وترد الحيازة على الأشياء المادية وحدها، سواء أكانت من المنقولات أم من العقارات، لأن تلك الأشياء هى التى تقبل التسلط المادى عليها، لذا لا ترد الحيازة على الحقوق الشخصية أو الحقوق المعنوية.

٤- ويمكن أن ترد الحيازة على حصة مفرزة أو شائعة فى مال مملوك على الشيوع، فإذا ملك أكثر من شريك أرضًا على الشيوع فإن الحيازة تثبت لكل منهم، وترتب آثارها بالنسبة لهم جميعًا.

ولهذا قضى بأن الحصة الشائعة في عقار كالنصيب المفرز فيه، من حيث إن كليهما يصح أن يكون محلاً لأن يحوزه حائزه على وجه التخصيص والانفراد، ولا فارق بين الاثنين إلا من حيث أن حائز النصيب المفرز تكون يده بريئة من المخالطة، أما حائز الحصة الشائعة فيده بحكم الشيوع تخالط يد غيره من المشتاعين، والمخالطة ليست عيبًا فى ذاتها، وإنما العيب فيما ينشأ عنها من غموض وإبهام، فإذا اتفق المشتاعون ووقف كل منهم فى ممارسته احيازته عند حد حصته مراعيًا حصة غيره، كما إذا اغتصب اثنان فأكثر عقارًا وحازوه شائعًا بينهم جاعلين لكل منهم حصة فيه، جاز أن يتملكوه بالتقادم سواء اشتركوا فى حيازته المادية أو ناب فى هذه الحيازة بعضهم عن بعض، هذا إذا لم يكن لمالك العقار يد عليه وخلصت الحيازة لغاصبيه" (١).

---

(١) الحصة الشائعة يصح ـ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ـ أن تكون محلاً لأن يحوزها حائز على وجه التخصيص والانفراد بنية تملكها ولا يحول دون ذلك اجتماع يد الحائز بيد مالك العقار بما يؤدى إلى المخالطة بينهما. لأن هذه المخالطة ليست عيبًا فى ذاتها وإنما العيب فيما ينشأ عنها من غموض وإبهام. فإذا استطاع الشريك فى العقار الشائع أن يحوز حصة باقى شركائه المشتاعين حيازة تقوم على معارضة حق الملاك لها على نحو لا يترك محلاً
=

ويتحقق العنصر المادى من خلال قيام الحائز بكل الأعمال المادية التى تمكنه من السيطرة المادية على الشيء ، ويفترض ذلك الاستحواذ علـــى الشيء وإحرازه ماديًا على نحو يظهر الحائز بمظهر المالك. ولا يكفـــى لتحقق الركن المادى فى الحيازة القيام بالأعمال القانونية وحدها كبيع الشيء وتأجيره لأن هذه الأعمال يمكن أن تصدر من شخص غير حائـــز. ولا يلـــزم أن يكون لمن صدر عنه التصرف سلطة فعلية على الشـــيء. وفى هذا المعنى تقرر محكمة النقض بأن تأجير ناظر الوقف للأطـــيان المملوكة هو عمل من الأعمال القانونية، وهو لا يكفى لتوافر

لشـــبهة الغموض والخفاء أو مظنة التسامح، واستمرت هذه الحيازة دون انقطاع خمـــس عشرة سنة فإنه يكتسب ملكيتها بالتقادم. (الطعن ١٧٦٢ س ٥١ق جلسة ١٩٨٥/٤/١٨)

حـــيازة الشـــريك للحصة الشائعة. صلاحيتها أساسًا لتملكها بالتقادم متى قامت على مناهضة حق باقى المالكين بما لا يترك محلاً لشبهة الغموض أو مظنة التسامح واســـتمرارها دون انقطاع مدة خمس عشرة سنة. (الطعن رقم ٣٣١٩ سنة ٥٨ ق، جلسة ١٩٩٤/٢/١٧)

الحصـــة الشـــائعة فـــى عقار. جواز أن تكون محلاً للحيازة بنية التملك على وجه التخصـــيص والانفـــراد. لا يحـــول دون ذلك اجتماع يد الحائز مع يد المالك. اكتساب الشريك على الشيوع حصة باقى الشركاء بالتقادم. شرطه. (الطعن رقم ٢٩٦٤ لسنة ٥٧ق، جلسة ١٩٩٤/١١/٣).

إذا كـــان الحكـــم قـــد خلص إلى أن وضع يد مورثة الطاعنين، ويد الطاعنين من بعـــدها، علـــى جزء من القدر المطالب بتثبيت ملكيتهم إليه على الشيوع قد خلا مـــن مـــواجهة باقى الشركاء بما يفيد جحد ملكيتهم وإنكارها عليهم فلا يكسبهم نصـــيب هـــؤلاء الشركاء مهما طالت مدة وضع اليد، فإن الجدل حول عدم أخذ المحكمـــة بما قام فى الدعوى من أدلة مجابهة شركائهم بإنكار ملكيتهم لا يعدو أن يكـــون جـــدالاً فى تقدير الدليل الذى لم تجد فيه محكمة الموضوع ما يكفى لاقتـــناعها وهـــو ما تستقل به وحدها ومرهون بما يطمئن إليه وجدانها. (نقض ١٩٦٩/١٢/٢٥ س ٢٠ ص٣٣٨)

الـــركن المادى لحيازة الجزء المتنازع عليه من هذه الأطيان، بل يجب لتوافره وضع اليد الفعلى على الشيء[1].

٦- تقتضى معظم الحقوق العينية أن يكون الشيء تحت يد الحائز أو مـــن ينوب عنه، ولكن هناك بعض الحقوق لا تقتضى ذلك مثل حق الارتفـــاق حيث يكفى لتوافر العنصر المادى فيه أن يباشر الحائز على العقار المرتفق به الأعمال المادية التى يخولها الارتفاق، كالمرور مثلا، مع بقاء هذا العقار فى يد مالكه[2].

---

(١) لمحكمـــة الموضوع أن تستدل على وضع اليد من أى تحقيق قضائى أو إدارى أو مـــن شهادة شاهد لم يؤد اليمين أمامها. ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك ما دام ما استنبطته مستمدًا من أوراق الدعوى ومستخلصًا منها استخلاصًا ســـائغًا يؤدى إلى النتيجة التى انتهت إليها. (الطعن رقم ١٧٧٦ س ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/١١/٢١)

المقرر فى قضاء محكمة النقض أن وضع اليد واقعة مادية تستقل بتقديرها محكمة الموضـــوع بغيـــر معقب من محكمة النقض طالما أقامت قضاءها على أسباب ســـائغة تكفى لحمله، لما كان ذلك وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه على ما ورد بتقرير الخبير المنتدب أمام أمام محكمة الاستئناف الـــذى اطمـــأن إليه من أن أيًا من الطرفين أو البائعين لكليهما لم تكتمل له مدة وضـــع الـــيد المكســـبة للملكية وشروطها من ظهور واستمرار وهدوء وعلى الأخـــص الطاعنـــين من تاريخ عقد شرائهما، وكان ما أقام عليه الحكم قضاءه ســـائغًا، ولـــه أصله الثابت بالأوراق وكافيًا لجعل النتيجة التى انتهى إليها، فإن النعـــى علـــيها بما ورد بهذا السبب لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعيًا فى تقدير محكمة الموضوع لأدلة الدعوى وهو ما تستقل به دون تثريب عليها من محكمة النقض ومن ثم فهو غير مقبول. (الطعن رقم ١٤٥٨ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩١/٧/١١)

(٢) الحـــيازة. ماهيتها. سبب لكسب الحق وليست حقًا أصلاً. جواز حيازة الحقوق العينـــية كحـــق الارتفاق. كسبها بالتقادم إذا توافرت شروطها القانونية. (الطعن رقم ٨٨٣٥ لسنة ٦٤ق، جلسة ١٩٩٥/١٠/٢٥).

٧- وتقديـــر مـــا إذا كانت الأعمال المادية التى يقوم بها الشخص تشكل سيطرة مادية على الشيء على النحو الذى يقوم به الركن المادى من عدمه مسألة موضوعية يقدرها القاضى بحسب الظروف.

لـــذا قضـــى بأنه وإن كان لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة فى التحقق من استيفاء الحيازة لشروطها القانونية دون رقابة عليها فى ذلك مـــن محكمة النقض إلا أن ذلك مشروط بأن تكون الأسباب التى أقامت عليها قضاؤها سائغة(١).

وقضـــى بأنـــه "إذا كان الثابت أن الأرض المتنازع عليها أرض فضاء وليست من الأراضى التى لم يسبق الملك فيها لأحد، بل هى من الأراضى التى تلقيت الحيازة فيها بالتخلية من ملاكها المتعاقبين، فيكفى فـــى ثبوت وضع اليد عليها القيام، مع عدم المنازعة، بإنشاء حدود لها والمرور فيها ودفع الأموال المستحقة عليها، وإذن فالحكم الذى لا يكتفى فـــى ثـــبوت وضع اليد عليها بهذه المظاهر، بل يشترط تسويرها على الأقل، يكون حكمًا مخطئًا فى تكييف وضع اليد ويتعين نقضه".

---

(١) الطعن رقم ٢٢٦١ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩١/٥/٣٠.

اســـتخلاص توافـــر شروط الحيازة وتغيير سببها والتعرف على نية الحائز هو مما يـــدخل فى سلطة محكمة الموضوع دون معقب عليها متى أقامت قضاءها على مقدمات تؤدى إلى النتيجة التى انتهت إليها. (الطعن رقم ٢٢١ س ٥٨ ق جلسة ١٩٩٥/٣/٢٨)

محكمـــة الموضوع. لها تحصيل فهم الواقع فى الدعوى وتقدير الأدلة المقدمة فيها. شـــرطه. وضـــع الـــيد واقعة مادية. جواز إثباتها بكافة طرق الإثبات. لمحكمة الموضـــوع تقديـــر الوقائع المؤدية إلى كسب الملكية بمضي المدة. (الطعن رقم ٦٨٣ لسنة ٥٤ق، جلسة ١٩٩٢/١/٢٩)

وضـــع اليد المكسب للملكية. واقعة مادية. جواز إثباتها بكافة الطرق. للمحكمة أن تعـــتمد فـــى ثـــبوت الحـــيازة بعنصريها على القرائن التى تستنبطها من وقائع الدعوى مادام استخلاصها سائغًا. (الطعنان رقما ١٤٩، ٣١٤ لسنة ٥٦ق، جلسة ١٩٩٢/٢/٢٠)

(ب) الحيازة المادية بواسطة الغير:

تصبح الحيازة بالوساطة متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز ومتصلاً به اتصالاً يلزمه الائتمار بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة[1].

فالحيازة كما تكون بوضع يد الشخص نفسه على الشيء، فإنها تكون بالواسطة، أى بواسطة شخص آخر يمثل الحائز، وتكون للحائز السيطرة عليه فى الحيازة، بأن يأمره فيطيع، كالخادم والعامل والأجير والمستعير، وتكون حيازة الملك فى الإجارة والإعارة ونحوها للمالك الأصلى. أى أن الحيازة يمكن أن يباشرها الشخص بنفسه أو بواسطة شخص يتبعه ويأتمر بأوامره فيما يتعلق بهذه السيطرة المادية، وتظل الحيازة هنا للحائز الأصلى وترتب آثارها بالنسبة له، أما الوسيط فليس لديه سوى السيطرة المادية وليس بحائز لأنه لا يباشرها باسمه بل باسم الحائز الأصلى[2].

مثال ذلك مباشرة السيطرة المادية للحائز بواسطة خدمه وعماله، فهؤلاء يحوزون لحساب المتبوع الذى يحتفظ بالعنصر المعنوى للحيازة،

---

(١) م ١/٩٥١ مدنى.

(٢) حيازة النائب إنما هى حيازة بالواسطة فأثرها ينصرف إلى الأصيل دون النائب. (نقض ١٩٨٠/٤/٢٤ س ٣١ص ١٢٠١)

إذ كانت حيازة النائب تعتبر حيازة للأصيل وللأخير أن يتمسك بها عند الحاجة فإن وضع اليد الفعلى للمستأجر يكون لصالح المؤجر الذى يعتبر مستمرًا فى وضع يده بالحيازة التى لمستأجره ويتم التقادم لمصلحته إذا كان من شأن هذه الحيازة أن تؤدى إليه. (الطعن رقم ١١١٥ س ٤٩ق جلسة ١٩٨٣/٤/٢٨).

يدل نص الفقرة الثانية من المادة ٩٥١ من القانون المدنى على أن الشارع وضع قرينة قانونية بسيطة لصالح من يثبت له العنصر المادى للحيازة بأن افترض توافر العنصر المعنوى له، فاعتبره أنه يحوز لحساب نفسه حيازة أصلية لا عرضية وألقى على من يدعى العكس ويتمسك بأن الحائز ليس إلا حائزًا عرضيًا يحوز لحساب غيره عبء إثبات ذلك. (الطعن رقم ١٥٨٣ س ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/٦/٧)

فناظـــر الزراعة يحوز المزرعة حيازة مادية لحساب متبوعه، ويحوز صـــاحب الأرض المزرعة بواسطته. ونفس الحكم بالنسبة للوكيل الذى يعمـــل باســـم المـــوكل ويأتمر بأوامره فيما يتعلق بحيازة الشيء. وإذا اشـــترى الوكيل عينا وحازها لحساب الموكل، فإن الموكل يعتبر حائزًا للعين من وقت حيازة الوكيل لها.

وكـــذلك الحـــال بالنسبة للراهن حيث يعتبر حائزًا فى مدة الحيازة التى للدائن المرتهن. ثبوت حيازة الدائن المرتهن للعقار المرهون حيازة قامـــت علـــى معارضة حق باقى الملاك واستوفت شرائطها القانونية. مؤداه. اكتساب الراهن الملكية بالتقادم[1].

ويباشر الحائز السيطرة المادية بالواسطة، إذا كان ناقص أو عديم الأهلية، حيث يباشر نائبه القانونى السيطرة المادية باسمه. تكون حيازة الملـــك (الثبوت) لغير المميز بواسطة من ينوب عنه نيابة شرعية وليًا كـــان أو وصيًا. ومن ثم فإن الولى أو الوصى أو القيم يباشر السيطرة الماديـــة علـــى الشيء لحساب الأصيل إذا كان قاصرًا أو صغيرًا عديم الأهلية أو محجورًا عليه[2].

والأصـــل أن الشـــخص يباشـــر السيطرة المادية لحساب نفسه لا لحساب غيره، ومن يتوافر لديه العنصر المادى يُفترض توافر العنصر المعـــنوى لديه أيضًا، وعلى من يدعى العكس إثبات ذلك، أى أنه على مـــن يدعي أن لديه العنصر المعنوى، وأن السيطرة المادية على الشيء إنما تباشر باسمه، أن يثبت ذلك. وعند الشك يُفترض أن مباشر الحيازة إنما يحوز لنفسه، فإن كانت حيازته استمرارًا لحيازة سابقة افترض أن هـــذا الاستمرار هو لحساب البادئ بها، أى أن من يحوز لحساب غيره تستمر حيازته على ذلك ما لم تتغير صفته بفعل منه يدل بوضوح على

(١) الطعن رقم ٢٩٦٤ لسنة ٥٧ق، جلسة ١٩٩٤/١١/٣.

(٢) محمد كامل مرسي، ص ١٣٤.

أن السيطرة المادية أصبحت لحسابه، أو بفعل الغير. فالقاعدة أن من عنده الحيازة يفترض أنه حائز لنفسه، ويبقى حائزًا لنفسه إلى أن يقوم الدليل على أنه حائز لغيره، أو أنه أصبح يحوز لغيره.

الفرع الثانى

العنصر المعنوى

(أ) مفهوم العنصر المعنوى:

يتمثل العنصر المعنوى فى أن تتوافر لدى واضع اليد الذى يباشر السيطرة المادية على الشيء نية الظهور بمظهر صاحب الحق، أى أنه يقوم بالأعمال المادية لحساب نفسه، فإذا كان محل الحيازة حق الملكية فإن العنصر المعنوى يتمثل فى قيام الحائز بتلك الأعمال كمالك أو بنية التملك[1].

---

(١) إن القانون فى صدد التقادم لا يشترط فى وضع اليد أن يقصد به غصب ملك الغير بل أن يكون بصفة مالك، سواء أكان واضع اليد يعتقد أن يده هى على ملك نفسه أم على ملك غيره، فمن الخطأ القول بأن نية التملك تكون منعدمة إذا كان واضع اليد لا يعلم أن العين التى تحت يده مملوكة لغيره وأن يده عليها هى باعتقاد أنها ملكه. (جلسة ١٩٤٨/٤/٢٢ طعن رقم ٧ سنة ١٧ق)

ليس ثمة محل لبحث مدة وضع اليد متى انتهى الحكم صحيحًا إلى انتفاء نية التملك مما يفقد التملك بوضع اليد ركنا من أركانه القانونية. (نقض ١٩٦٧/٤/٢٠ س ١٨ ص ٨٥٠)

إذا كان من المقرر أن وضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية متى توفرت عناصره يكفى وحده كسبب لها دون ما حاجة إلى مصدر آخر من مصادر اكتسابها، وكانت الحيازة بعنصريها المادى والمعنوى تتوفر لدى الحائز من مجرد وضع يده المادى على العقار وظهوره عليه بمظهر المالك باستعماله فيما يستعمله فيه مالكه ولحسابه ولو كان ذلك على غير سبب من القانون يسوغ له ذلك أصلاً. (الطعن رقم ٣٠٥ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٨٧/٦/٢٨)

ليس فى القانون ما يمنع المشترى من كسب ملكية العين المبيعة له بوضع اليد المدة الطويلة إذا توافرت لديه الشروط لهذا التملك وأن مجرد إقامته على البائع =

وإذا انتفـــى العنصر المعنوى فإننا نكون بصدد حيازة عرضية أو مجرد وضع يد، حيث يباشر الشخص السيطرة المادية لا لحساب نفسه وإنما بمقتضى سند ينطوى على الاعتراف بالحق العينى لشخص آخر، كما هو شأن المستأجر والمستعير والنائب عن الغير[1].

وتـــبدو أهمية النية فى أنها تساعد على تعيين الحق محل الحيازة، فـــزراعة الأرض كعنصـــر مادى يمكن أن تصدر عن المالك، أو عن صـــاحب حق الانتفاع، أو ممن يحوز لحساب الغير، كالمستأجر، فالنية هى التى تحدد الصفة التى يحوز الشخص بمقتضاها[2].

دعـــوى سابقة بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر له لا يستخلص منه حتمًا إقراره بالحـــق القاطع الدلالة على النزول عن مدة وضع اليد السابقة فى كسب الملكية بالـــتقادم أو عـــدم توافر شروط وضع اليد المكسب للملكية بالتقادم الطويل لما ينطوى عليه رفعها من رغبة فى اقتضاء الحق بالوسيلة التى وجدها أيسر سبيلاً من غيرها، ولا يعنى ذلك منه النزول عن السبل الأخرى فى اقتضاء ذات الحق ومنها التملك بوضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية. (الطعن ٨٧٧ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٩٢/١/٢٦)

(١) متـــى كانت المحكمة قد حصلت أن وضع اليد على العين المتنازع عليها كان بطـــريق الإنابـــة، فإنهـــا لا تكون ملزمة بإجابة طلب إجراء تحقيق وضع اليد المكســـب للملكـــية بالمدة الطويلة لانعدام الجدوى من إجابة هذا الطلب، إذ أن وضع اليد مهما طال أمده لا ينتهى بصاحبه إلى كسب الملكية مادام أنه بطريق الإنابة عن المالك. (نقض ١٩٥٥/٤/٢٦ س ٧ ص ٥٤٥).

إذا أقـــر المشـــترى فى ورقة الضد بأن ملكية الأطيان التى وضع اليد عليها باقية للمتصرف ومن حقه أن يستردها فى أى وقت شاء فإن وضع يده فى هذه الحالة مهمـــا طالت مدته لا يكسبه ملكية هذه الأرض لأن القانون يشترط فى الحيازة التـــى تـــؤدى إلـــى كسب الملكية بالتقادم أن تقترن بنية التملك. (نقض ١٩٦٧/٤/٢٠ س ١٨ ص ٨٥٠)

(٢) متى كانت محكمة الموضوع قد أوضحت فى أسباب حكمها أنه لم تكن لمدعى الحـــيازة ولا لمورثه حيازة مقترنة بنية التملك مستندة فيما استندت إليه إلى أن المـــورث كـــان يستأجر أرض النزاع فإن فى هذا ما يعتبر ضمنيًا ردًا على ما =

والأصـــل أن العنصـــر المعـــنوى أو القصـــد لا تجوز مباشرته بالواسطة لأن القصد أمر شخصى لابد من وجوده عند شخص الحائز، ومـــع ذلك فإنه يجوز استثناء لغير المميز أن يكسب الحيازة عن طريق مـــن يـــنوب عـــنه نيابة قانونية. أى أن الصبى غير المميز والمجنون والمعتوه يكون معدوم الإرادة ولا يوجد لديه القصد، لذا يمكن أن يوجد هـــذا العنصر لدى من ينوب عنه من ولى أو وصى أو قيم. أما إن كان الحائـــز مميـــزًا، كالصبى المميز والمحجور عليه لسفه، فإنه يجوز أن يتوافر عنده شخصيًا عنصر القصد، إذ لا يشترط فى توافر هذا العنصر كمال الأهلية، بل يكفى التمييز.

وعنصـــر القصـــد، أى نـــية التملك، من مسائل الواقع، ولمحكمة الموضـــوع الســـلطة التامة فى التعرف على نية واضع اليد من جميع عناصـــر الدعـــوى، وقضاؤها فى ذلك لا يكون خاضعًا لرقابة محكمة النقض، مادامت هذه العناصر مدونة فى حكمها، وتفيد تلك النتيجة التى استفادتها[1].

يتمسك به مدعى الحيازة من تملكه تلك الأرض بالتقادم الطويل والتقادم القصير مع السبب الصحيح وحسن النية. (نقض ١٩٨٥/٦/٢٤ س ٩ ص ٦٢٠).

(١) إذا كان لمحكمة الموضوع استخلاص نية التملك فى وضع اليد أو نفيها بحسب مـــا يقـــوم باعتـــبارها مـــن وقائع الدعوى وملابساتها، إلا أنه يجب أن يكون استخلاصها مقامًا على اعتبارات مقبولة. (نقض ١٩٦٨/٤/٩ س ١٩ ص ٧٤)؛ (الطعن ١٥٠١ س ٥٦ق، جلسة ١٩٩٣/٤/٤)

إن نـــية التملك ـــ وهى عنصر معنوى ـــ تدل عليها وتكشف عنها أمور ومظاهر خارجية يترك تقديرها لمحكمة الموضوع فى ضوء التحقيقات والأدلة التى تقوم عليها الدعوى ـــ ولها فى حدود سلطتها الموضوعية ـــ أن تستخلص ثبوتها من عدمـــه دون رقابـــة علـــيها من محكمة النقض متى كان استخلاصها سائغًا له أصول ثابتة فى الأوراق ـــ وإذن فمتى كان الثابت أن الخبير قد عجز عن تبين هذه النية فتعرضت المحكمة لاستكشافها. وخلصت إلى ثبوتها من واقع ظروف الدعـــوى وما قدم فيها من مستندات وما قام به الخبير من أعمال، فإن ما يثيره =

وإذا انتفى عنصر القصد فإننا نوجد بصدد حيازة عرضية وليست حـــيازة قانونية، فالحائز العرضي يحوز لحساب غيره لا لحساب نفسه، وتكـــون حـــيازته مادـيـــة محضـــة، ويلتزم برد العين للمالك، كالتابع والمستعير والدائن المرتهن رهن حيازة والوكيل والمستأجر[1].

(ب) انتفاء عنصر القصد فى أعمال التسامح:

لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المـــباحات act de pure faculté أو عمـــل يـــتحمله الغير على سبيل التســـامح acte de tolerance لأن عنصـــر القصد ينتفى فى مثل تلك الأعمـــال. فهـــذه الأعمال تعد تعديًا على ملك الغير، إلا أن هذا الغير يرخص بها من قبيل التسامح، ويستطيع أن يوقفها فى أى وقت، ومن ثم لـــيس لمن يباشرها الادعاء بأنه صاحب حق عينى على الشيء ولذا لا يُعتبر حائزًا لعدم توافر نية الظهور بمظهر المالك لديه[2].

يجب أن تكون الحيازة سيطرة متعدية لا مجرد رخصة ولا عملاً يُقـــبل على سبيل التسامح، فمن كان يمر بأرض جاره، وقد رخص له الجار فى ذلك لا على أنه له حق ارتفاق، لا يعتبر حائزًا لحق المرور. وتطبيقًا لذلك قضى بأنه: إذا كانت الأرض موضوع النزاع من أراضى

الطاعـــنون لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعيًا فى تقدير محكمة الموضوع للدليل وهـــو مـــا تنحسر عنه رقابة محكمة النقض. (نقض ١٩٧٧/٢/٢١ س ٢٨ ص ٤٩١)

(١) جمال ذكي، ص ٥١٤.

(٢) الحـــيازة التى تصلح أساسًا لتملك المنقول أو العقار بالتقادم وإن كانت تقتضى القـــيام بأعمال مادية ظاهرة فى معارضة حق المالك على نحو لا يحمل سكوته فـــيه على محمل التسامح ولا يحتمل الخفاء أو اللبس، فى قصد التملك بالحيازة، كمـــا تقتضـــى من الحائز الاستمرار فى استعمال الشيء بحسب طبيعته وبقدر الحاجة إلى استعماله، إلا أنه لا يشترط أن يعلم المالك بالحيازة علم اليقين. إنما يكفى أن تكون من الظهور بحيث يستطيع العلم بها. (نقض ١٩٧٨/١١/١٦ س ٢٩ ص ١٧٠٦).

المبانـــى، وكان مدعى وضع اليد عليها لم ينتفع بها أكثر من أنه شغلها بســـيارات وحدائد وغير ذلك من أدوات ورشته الملاصقة لها، فالانتفاع على هذه الصورة غير حائز للصفات الكافية للإعلام بنية تملكها، إذ أنه مـــن قبيل الأفعال التى تحمل على التسامح المتعارف عليه بين الملاك المتجاورين، فلا تكسب أحدهم حقًا قِبَل الآخر مهما طال الزمن عليه[١].

(ج) تغيير صفة الحيازة العرضية:

ليس للحائز العرضى أن يغير صفة حيازته بمجرد تغيير نيته، أى أن يحـــوز لحســـاب نفسه بعد أن كان يحوز لحساب غيره. فلا يستطيع المستأجر أن يعلن بأنه غيَّر نيته وأصبح حائزًا كمالك وليس كمستأجر، إذ ليس لأحد أن يغير بنفسه لنفسه الأصل الذى تقوم عليه الحيازة ونفس الحكـــم بالنســـبة للـــدائن المرتهن رهن حيازة[٢]. وتتغير صفة الحيازة العرضية وتتحول إلى حيازة قانونية بأحد أمرين:

---

(١) إذا اســـتنتجت المحكمة من علاقة الابن بأبيه أن انتفاع الأب بملك ابنه كان من قبـــيل التســـامح فـــيده عارضـــة لا تكسبه الملكية بمضى المدة فلا رقابة عليها لمحكمـــة الـــنقض لكـــون ذلك من التقديرات الموضوعية التى لا شأن لمحكمة النقض بها. (جلسة ١٩٤٥/١/١١ طعن رقم ٤ سنة ١٤ق).

متـــى كـــان يبـــين مـــن الأوراق أن الطاعن تمسك فى كافة مراحل التقاضى بأن المطـــلات المشار إليها فى طعنه لا يمكن أن تكسب حق ارتفاق المطل والنور والهـــواء لأنهـــا مفـــتوحة على أرض فضاء ومتروكة من طريق التسامح وأن التســـامح لا يكســـب حقًا، وكان هذا الدفاع من شأنه لو ثبت أن يتغير به وجه الرأى فى الدعوى وكان الحكم خلوًا من التحدث عنه. فإنه يكون قد شابه قصور يبطله فى هذا الخصوص. (جلسة ١٩٥٢/١٠/٣٠ طعن رقم ٣٥٩ سنة ٢٠ق)

(٢) لا يكفـــى فى تغيير الحائز صفة وضع يده مجرد تغيير نيته بل يجب أن يقترن تغيير النية بفعل إيجابى ظاهر يجابه به حق المالك بالإنكار الساطع والمعارضة العلنـــية ويـــدل دلالـــة جازمة على أن ذا اليد الوقتية مزمع إنكار الملكية على صـــاحبها واستئثاره بها دونه، فإن كان الرهن التأمينى الذى يتجرد فيه الراهن عن الحيازة لا يقترن بأى مظهر خارجى يتبين منه نية الغصب، فإنه لا يتم به =

١- فعل يصدر من الغير، وذلك بأن يتلقى الحائز العرضى ملكية العـين بمقتضى تصرف ناقل للملك سواء من المالك نفسه أو من الغير معـتقدًا أنـه المالك وصاحب الحق فى التصرف فى العين. وذلك كأن يشـترى المستأجر العين المؤجرة من المؤجر أو من شخص آخر يعتقد أنه المالك، هنا تنقل حيازة المستأجر، بمجرد صدور عقد البيع له، من حيازة عرضية إلى حيازة قانونية.

٢- فعـل يصـدر مـن الحائز نفسه، وذلك بأن يصدر منه فعل يـنطوى على إنكار ملكية المالك بطريقة ظاهرة واستئثاره بالعين وأن يدعيها لنفسه، ولا يكى مجرد إعلان الإنكار أو مجرد التصرف المادى بهدم العين أو إقامة منشآت بها، بل يلزم أن نكون بصدد منازعة جدية فى الملك سواء أكانت المنازعة فعلية أو قضائية. وقد قضى بأن مجرد هدم المبانى وإقامتها من جديد من جانب واضع اليد بطريق النيابة عن غيـره لا يعتبـر بذاته تغييرًا لسبب وضع يد الحائز المذكور ومجابهة للمالك بالسبب الجديد[١].

ويقـدر قاضـى الموضوع ما إذا كانت الأفعال التى صدرت من الحائز العرضى كافية لأن تنطوى على معارضة ملكية المالك على نحو يكفى لتغيير صفة الحيازة من عرضية إلى قانونية.

والعنصـر المعنوى فى الحيازة مفترض، فالحائز المادى يُفترض لديه العنصر المعنوي، أى أن الحيازة المادية قرينة على وجود الحيازة القانونية، وعلى من يدعى العكس عبء إثبات ذلك، أى على من ينازع الحائز أن يقيم الدليل على انتفاء قصد الحيازة لحساب نفسه، فالقاعدة أن

تغييـر صفة الحيازة فى التقادم المكسب على النحو الذى يتطلبه القانون. (نقض ١٩٦١/١٢/٢٨ س ١٢ ص ٨٣٩).

(١) منصور مصطفى منصور، ص ٤٧٥.

مــن عنده الحيازة يُفترض أنه حائز لنفسه، ويبقى حائزًا لنفسه إلى أن يقوم الدليل على أنه حائز لغيره أو أنه أصبح يحوز لغيره[1].

المطلب الثالث

عيوب الحيازة

إذا اقتــرنت الحيازة بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر قِبَل مَنْ وقع عليه الإكراه أو خُفيَت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها إلا من الوقت الذى تزول فيه هذه العيوب[2].

يجــب أن تتوافــر فــى الحــيازة شروط معينة، هى الاستمرار، والهــدوء، والظهور، والوضوح. فالحيازة المتقطعة، والحيازة بإكراه،

(١) يــدل نص المادتين ٢/٩٥١، ٩٦٤ من القانون المدنى على أن الحيازة المادية إذا مــا توافــرت شروطها من هدوء واستمرار وظهور ووضوح كانت قرينة علــى الحيازة القانونية أى المقترنة بنية التملك وعلى من ينازع الحائز أن يثبت أن هــذه الحــيازة عرضية غير مقترنة بتلك النية. (الطعن ٢١٥١ لسنة ٥٦ق، جلسة ١٩٨٩/١/٢٥)

التمســك باكتســاب الملكــية بالتقادم ــ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ــ يــتطلب من محكمة الموضوع التحقق من استيفاء الحيازة ــ بعنصريها المادى والمعــنوى ــ لشروطها القانونية، وهو ما يتعين معه على الحكم المثبت للتملك بهــذا الســبب أن يعــرض لشروط وضع اليد وأن يتثبت من أن الحيازة كانت مقــرونة بنية التملك ومستمرة وهادئة وظاهرة، وأن يبين بما فيه الكفاية الوقائع التى تؤدى إلى توافرها بحيث يبين منه أنه تحراها وتحقق من وجودها. (الطعن ٢٥٣٤ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٩٠/٥/٢٩)

وضــع اليد متى توافرت شرائطه القانونية. سبب مستقل لكسب الملكية. شرطه. أن يكــون العقــار ممــا يجوز اكتساب ملكيته بالتقادم، وألا تكون الحيازة وقتية. (الطعن رقم ١٥٣٧ لسنة ٦٠ق ، جلسة ١٩٩٦/٦/٩).

(٢) م ٢/٩٤٩ مدنى .

Tissier, traite de la prescription, p. 832.

والحـــيازة الخفية، والحيازة الغامضة، كل هذا لا يُعتبر حيازة صحيحة. فإذا اقترنت الحيازة بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس، فلا يكون لها أثر قِبَل مَنْ وقع عليه الإكراه أو أُخفِيت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها إلا من الوقت الذى تزول فيه هذه العيوب.

(أ) ظهـــور الحيازة:

يجـــب أن تكـــون الحيازة ظاهرة أو علنية، فالظهور أو المجاهرة معـــناه أن يجاهـــر الحائز للشيء الثابت عليه بأنه مالكه دون غيره من الـــناس، ويتمسك بذلك إذا ما نازعه فيه منازع، وينتصب أمام القضاء للـــدفاع عـــن ملكيته فى مواجهة من ينازعه. فالحائز يمارس الأعمال المادية على العين التى يحوزها علانية بمرأى ومسمع من الناس كافة، فـــإذا لم يتحقق ذلك كانت الحيازة معيبة بعيب الخفاء Clandestinité، وهـــذا العـــيب يعد نسبيًا حيث إن الحيازة يمكن أن تكون علنية بالنسبة للناس إلا أنها تكون خفية بالنسبة لصاحب الحق، لذا يجوز له وحده أن يحـــتج بهـــذا العـــيب. ويزول العيب وتصبح الحيازة صحيحة بمجرد ظهورها وإعلانها بطريقة يصبح معها بإمكان صاحب الحق العلم بها.

وتقرر محكمة النقض بأن الحيازة التى تصلح أساسًا لتملك المنقول أو العقـــار بالـــتقادم، وإن كانت تقتضى القيام بأعمال مادية ظاهرة فى معارضة حق المالك على نحو لا يحمل سكوته فيه على محمل التسامح ولا يحـــتمل الخفاء أو اللبس فى قصد التملك بالحيازة، كما تقتضى من الحائز الاستمرار فى استعمال الشيء بحسب طبيعته وبقدر الحاجة إلى اســـتعماله، إلا أنه لا يشترط أن يعلم المالك بالحيازة علم اليقين، وإنما يكفـــى أن تكـــون من الظهور بحيث يستطيع العلم بها، ولا يجب على

الحائـــز أن يستعمل الشيء فى كل الأوقات دون انقطاع، وإنما يكفى أن يستعمله كما يستعمله المالك فى العادة، وعلى فترات متقاربة منتظمة[1].

إن تحقق صفة الظهور فى وضع اليد أو عدم تحققها هو مما يدخل ى تحصـــيل فهـــم الواقع ى الدعوى فإذا كان الحكم قد أقيم على أسباب مبررة لقضائه فلا سبيل عليه لمحكمة النقض[2].

(ب) هدوء الحــــيازة:

يجب أن يحوز الحائز العين بصفة هادئة وبدون إكراه Violence وإلا كانـــت معيبة، وتكون الحيازة معيبة بعيب الإكراه إذا أكره الحائز شخصـــا آخـــر كـــان حائزًا للشيء قبله على ترك الحيازة له، أى أن صاحب الحيازة قد حصل عليها بالقوة أو بالتهديد، وتظل الحيازة مشوبة بهـــذا العيب طالما بقى الاحتفاظ بها قائمًا على العنف. وتصبح الحيازة هادئة وسليمة وتنتج أثارها القانونية منذ اللحظة التى ينقطع فيها الإكراه، فعيب الإكراه مؤقت يزول بانقطاع سببه، ونسبى لا يستطيع التمسك به

---

(١) نقض ١٦/١١/١٩٧٨ س ٢٩ ص ١٧٠٦.

(٢) وإذن فـــإذا كانت المحكمة قد استخلصت، من كون المدعى قد قدم إلى المجلس المحلى طلبى إدخال الكهرباء والماء فى المنزل ـحل الدعوى مصرحًا فى كلا الطلبـــين بأن المالك هو شخص آخر غيره، أن نية تملكه للمنزل لم تكن إلى أن وقع هذين الطلبين إلا نية مستترة، ورتبت على ذلك أن وضع يده لم يكن ظاهرًا علـــى الـــنحو المطلـــوب قانونا، فحكمها بذلك لا معقب عليه. (نقض ١٧/١٢/١٩٧٣ س ٢٤ ص ١٢٦٨)

لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة فى التحقق من ثبوت وقائع الدعوى وفى تقديرها مجـــردة عـــن أى اعتـــبار آخـــر أو مضـــافة إلـــيها الظروف التى اكتنفتها ، واستخلاص ما قصده أصحاب الشأن منها، فإذا كان التملك بمضى المدة يقتضى قانـــونا الظهـــور بمظهـــر المالك فهى التى تستخلص هذه النية بحسب ما يقوم باعـــتقادها من وقائع الدعوى وملابساتها، وعلى ذلك فإذا استنتجت المحكمة من الوقائـــع أن انـــتفاع واضع اليد إنما كان مبناه التسامح الذى يحدث بين الجيران فـــذلك لا يخـــرج عن حدود سلطتها ولا رقابة عليه فيه لمحكمة النقض. (جلسة ١٠/١٢/١٩٣١ طعن رقم ١٣ سنة ١ق).

إلا مـــن وقع عليه الإكراه. فالقانون يشترط فى الحيازة أن تكون هادئة، وهـــى تعتبــر غير هادئة إذا بدأت بالإكراه، فإذا بدأ الحائز وضع يده هادئـــا، فإن التعدى الذى يقع أثناء الحيازة ويمنعه الحائز لا يشوب تلك الحيازة التى تظل هادئة رغم ذلك[1].

---

(١) المقصـــود بالهدوء الذى هو شرط للحيازة المكسبة للملكية ــ وعلى ما جرى بـــه قضـــاء هذه المحكمة ــ ألا تقترن الحيازة بالإكراه من جانب الحائز وقت بدئها، فإن بدأ الحائز وضع يده هادئا فإن التعدى الذى يقع أثناء الحيازة ويمنعه الحائـــز لا يشـــوب تلك الحيازة التى تظل هادئة رغم ذلك. لما كان ذلك وكان الحكـــم المطعـــون فيه قد جرى فى هذا الخصوص على أن هناك نزاعًا يشوب حـــيازة الطـــاعن للأرض استنادًا إلى مجرد توقيع الحجز، وكان الطاعنون قد اتخـــذوا من هذا الحجز موقف المدافع عن حيازتهم مما لا يصح معه القول بأن حـــيازتهم كانـــت معيبة لهذا السبب، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظـــر مجتـــزئًا فى ذلك بالقول بأن حيازة الطاعنين للأرض آنفة الذكر فقدت شـــرط الهدوء، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون.(نقض ١٩٨١/٦/٧س٣٢ ص ١٧٥٤).

إن مجـــرد المـــنازعة القضائية لا ينفى قانوناً صفة الهدوء عن الحيازة. فإذا اعتبر الحكـــم أن صفة الهدوء الواجب توافرها لاكتساب الملكية بالتقادم قد زالت عن الحـــيازة لمجـــرد أن منازع الحائز رفع عليه الدعوى باسترداد حيازة العين ثم رفـــع الدعوى باستحقاقها فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون. (جلسة ١٢/٥/ ١٩٤٩ طعن رقم ١٤٢ سنة ١٧ق)

الهـــدوء كشرط للحيازة المكسبة للملكية. المقصود به ألا يقترن بالإكراه من جانب الحائـــز عند بدئها. قيام منازعة قضائية أو حصول تصرف قانونى على العين - محل الحيازة. لا ينفى صفة الهدوء عنها.(الطعن ٤٥٠٨ لسنة ٦٣ق، جلسة ٢٧ /١٢/١٩٩٤)

إذا غصـــب شـــخص أطيانا وحكم عليه برد حيازتها فحيازته إياها من وقت تقديم الشـــكوى الإداريـــة ضده إلى وقت تنفيذ الحكم الذى صدر عليه لا تعتبر حيازة هادئـــة فـــلا يصـــح التمسك بها فى دعوى منع التعرض قِبَل صاحب اليد الذى حصـــل لـــه تعـــرض جديد من الغاصب والذى توافرت فى وضع يده الشروط القانونية. (جلسة ١٩٤٣/٢/٢٥ الطعن رقم ٤٦ سنة ١٢ق)

=

(ج) وضـــوح الحيازة:

يجـب أن تكـون الحـيازة واضـحة لا لـبس فيها أو غموض Equivoque وإلا كانـت معيـبة[1]. ويُقصد بالوضوح ألا يوجد أمر يلابس حيازة الحائز للشيء على نحو يفسر حيازته تفسيرًا آخر، كأن يكـون شـريكًا فى الشيء فتفسر حيازته له على أنه شريك، وقد يكون نائـبًا عـن المالك، وليًا أو وصيًا أو وكيلاً أو نحو ذلك، فتفسر حيازته على هذا الأساس.

ويصـيب عـيب اللـبس أو الغموض الركن المعنوى للحيازة أى عنصـر القصـد فيها، حيث يثور الشك حول نية الحائز وعما إذا كان يحـوز لحسـاب نفسه أم لحساب غيره[2]، ويبدو ذلك بصفة خاصة فى

مجرد توجيه إنذار إلى الحائز من منازعة لا ينفى قانونًا صفة الهدوء عن الحيازة. (نقض ١٩٦٥/٦/١٧ س ١٦ ص ٧٧٣).

وضـع الـيد واقعة لا ينفى صفة الهدوء عنها مجرد حصول تصرف قانونى على العـين محل الحيازة ولا يعد هذا التصرف تصرفا قاطعًا للتقادم.(نقض٩/٤/٦٨ س١٩ ص ٧٤١).

فـإذا كـان الحكم المطعون فيه قد جرى على أن هناك نزاعًا أو تعكيرًا متواصلاً للحيازة دون أن يبين متى بدأ هذا التعكير وهل كان مقارنًا لبدء الحيازة أو تاليًا لـبدئها وأثـره فى استمرار الحيازة فإنه يكون قد شابه قصور يستوجب نقضه. (نقض ١٩٥٩/٦/٢٥ س ١٠ ص ٥٢٨)

(١) المرور فى أرض فضاء لا يكفى وحده لتملكها بوضع اليد مهما طال أمده لأنه ليس إلا مجرد انتفاع ببعض منافع العقار لا يحول دون انتفاع الغير به بالمرور أو بفـتح المطـلات أو بغير ذلك، ولا يعبر عن نية التملك بصورة واضحة لا غموض فيها. (جلسة ١٩٤٥/١/١١ طعن رقم ٢٤ سنة ١٤ق).

(٢) حـيازة النائب تعتبر حيازة للأصيل. فله أن يستند إليها عند الحاجة. فمتى ثبت وضـع اليد الفعلى للمستأجر، فإن المؤجر يعتبر مستمرًا فى وضع يده بالحيازة بمـا تـؤدى إلـيه، والحيازة على هذا النحو ظاهرة لا خفاء فيها ولا غموض. (نقض ١٩٧٠/٦/٩ س ٢١ ص ٩٩٨)

حالـــة الملكية على الشيوع عندما يحوز أحد الشركاء العقار الشائع كله، فـــلا يعرف ما إذا كانت نيته تتجه إلى حيازة العين لحساب نفسه أم أنه يديرها لحسابه ولحساب باقى الشركاء[1]. وكذلك الحال بالنسبة للوارث

---

(١) من المقرر فى قضاء هذه المحكمة ــ أن الحصة الشائعة يصح أن تكون محلاً لأن يحـــوزها حائز على وجه التخصيص والانفراد بنية تملكها، ولا يحول دون ذلـــك اجتماع يد الحائز بيد مالك العقار بما يؤدى إلى المخالطة بينهما لأن هذه المخالطـــة ليست عيبًا فى ذاتها، وإنما العيب فيما ينشأ عنها من غموض وإبهام فـــإذا استطاع الشريك فى العقار الشائع أن يحوز حصة باقى شركائه المشتاعين حـــيازة تقـــوم علـــى معارضة حق الملاك لها على نحو لا يترك محلاً لشبهة الغمـــوض والخفـــاء ومظنة التسامح واستمرت هذه الحيازة دون انقطاع خمس عشرة سنة فإنه يكسب ملكيتها بالتقادم. (الطعن رقم ٥٨ س ٥٧ق جلسة ٢١/١/١٩٩٠)

الحصـــة الشـــائعة فى عقار كالنصيب المفرز من حيث أن كليهما يصح أن يكون محـــلاً لأن يحوزه حائز على وجه التخصيص والانفراد. ولا فارق بين الاثنين إلا مـــن حيث أن حائز النصيب المفرز تكون يده بريئة من المخالطة، أما حائز الحصـــة الشـــائعة فيده بحكم الشيوع تخالط يد غيره من المشتاعين، والمخالطة ليســـت عيبًا فى ذاتها، وإنما العيب فيما ينشأ عنها من غموض وإبهام فإذا اتفق المشـــتاعون ووقـــف كل منهم في ممارسته لحيازته عند حصته مراعيًا حصة غيـــره كمـــا لو اغتصب اثنان فأكثر عقارًا أو حازوه شائعًا بينهم جاعلين لكل مـــنهم حصة فيه، جاز أن يتملكوه بالتقادم سواء اشتركوا فى حيازته المادية أم نـــاب فـــى هذه الحيازة بعضهم عن بعض. هذا إذا لم يكن لمالك العقار يد عليه وخلصـــت الحـــيازة لغاصـــبيه. أما إذا كان للمالك يد على العقار فالفرض أن اجـــتماع يـــده مع يد الغير يؤدى إلى مخالطة من شأنها أن تجعل يد هذا الغير غامضـــة، فضلاً عن إمكان حمل سكوت المالك على محمل التسامح. لكن هذا الفـــرض ينفـــى مظنة التسامح من جانب المالك إذا كان الغير الذى يزاحمه فى ملكه قد استطاع أن يحوز حصة شائعة فى عقاره حيازة استقرت على مناهضة حـــق المالـــك ومناقضـــته علـــى نحو لا يترك محلاً لشبهة الغموض أو مظنة التســـامح، فعندئذ تكون الحيازة صالحة لأن تكون أساسًا لتملك الحصة الشائعة المحوزة بالتقادم. (جلسة ١٩٤٦/١٠/١٠ طعن رقم ١٢٠ سنة ١٥ق)

الـــذى يضع يده على أعيان التركة، فلا يتضح ما إذا كان يستأثر بتلك الأعيان لحساب نفسه أم أنه يديرها فقط لحساب كل الورثة.

وعـــيب اللـــبس أو الغموض عيب مؤقت يزول بانقضائه وتصبح الحـــيازة سليمة منذ ذلك الوقت. فإذا كانت حيازة الوارث غامضة فإنها تظـــل كـــذلك إلـــى أن يزول هذا الغموض، وذلك بأن يتصرف الحائز بطريقة تعرب بوضوح على أنه إنما يحوز لحساب نفسه وليس لحساب غيـــره. ويجب أن تصدر منه أعمال ظاهرة وصريحة فى التعبير عن ذلك وتقطع فى عدم وجود أية حيازة أخرى تخالط حيازته(١).

وعـــيب اللـــبس أو الغموض عيب نسبى(٢)، لا أثر له إلا قِبَل مَنْ التـــبس عليه أمر الحيازة فيما يتعلق بعنصر القصد، ففى حالة غموض حـــيازة الـــوارث مثلاً، فإن هذه الحيازة الغامضة لا تنتج أثرها بالنسبة لباقى الورثة إلا أن يُحتج بها على غيرهم.

(د) استمرار الحيازة:

ينبغى أن تكون الحيازة مستمرة، بمعنى أن تتوالى أعمال السيطرة المادية من الحائز على الشيء، على الوجه الذى يتفق مع طبيعته، كما يفعل أصحاب الحقوق فى حقوقهم عادة، كزراعة الأرض بصفة مألوفة وســـكنى المنزل والتردد عليه فى فترات متقاربة. أما إذا حدث تفاوت

---

(١) لـــيس فى القانون ــ على ما جرى به قضاء هذه المحكمة ــ ما يمنع الوارث من أن يتملك بالتقادم نصيب غيره من الورثة إذ هو فى ذلك كأى شخص أجنبى عـــن التـــركة يمتلك بالتقادم متى استوفى وضع يده الشرائط الواردة بالقانون. وهى الظهور والهدوء والاستمرار ونية التملك، والبحث فى تحقيق هذه الشرائط متروك لقاضى الدعوى لتعلقه بالموضوع. ولا شأن لمحكمة النقض معه إذا هو قـــد أقام قضاءه فى ذلك على ما يكفى لتبريره. (جلسة ١٩٤٠/١/٢٤ طعن رقم ٣٢ سنة ١٠ق)؛ (الطعن ١٩٦٠ س ٥٨ق، جلسة ١٩٩٠/٥/٩)

(٢) وضـــع اليد على العقار استنادًا إلى عقد بيع صورى صورية مطلقة مظهر من مظاهر ستر الصورية. لا أثر له فى كسب الملكية مهما طالت مدته. (نقض ٢٣/٣/١٩٧٦ س ٢٧ ص ٧٣٨).

وانقطـــاع فـــى السيطرة على الشيء، فإن الحيازة لا تكون مستمرة بل مـــتقطعة discontinuite أى معيبة، ولا تصلح أساسًا للحماية بدعاوى الحيازة أو التملك بالتقادم.

وتقرر محكمة النقض بأن كف الحائز عن استعمال حقه فى بعض الأوقـــات لســـبب قهـــرى لا يفـــيد أن الحيازة متقطعة ولا يخل بصفة الاســـتمـــرار[1]. ويتحـــقق الاستمرار بواسطة حيازة الشخص أو من يمثله[2].

---

(١) نقض ١٩٧٣/٢/٨ س ٢٤ ص ١٧٥.

(٢) حـــيازة الوكـــيل لعقارات موكله التى تحت يده بسبب عقد الوكالة تعتبر حيازة لحســـاب الأصـــيل طالما أن الوكيل لم يدع أنه غير صفة حيازته بما تتغير به قانونا، ومن ثم يعتبر الأصيل مستمرًا فى وضع يده مدة حيازة الوكيل وتحسب لـــه هـــذه المدة فى التقادم المكسب السارى لمصلحته، وإذ كان مجرد ثبوت أن الوكـــيل عن مورث الطاعنين ــ إبان وضع يده على عقار موكله ــ كان وكيلاً أيضـــا عن المطعون عليه الذى ينازعهم فى ملكية هذا العقار، ليس من شأنه أن يـــؤدى بذاته إلى إسقاط مدة حيازة الوكيل للعقار محل النزاع نيابة عن مورث الطاعنـــين مـــن مـــدة الـــتقادم السارى لمصلحة هذا المورث، بل لا يكون هذا الإسقاط إلا إذا شاب حيازة المورث للعقار بواسطة وكيله عيب من العيوب التى تفقـــدها أثـــرها فـــى كســـب الملكـــية بالتقادم وهى الإكراه والخفاء واللبس أو الغمـــوض، فإن الحكم المطعون فيه إذ لم يكشف عن قيام أحد هذه العيوب حين رفـــض طلـــب الطاعنين الإحالة إلى التحقيق لإثبات تملكهم العقار محل النزاع بالـــتقادم المكسب الطويل المدة يكون قد انطوى على قصور وخطأ فى القانون. (نقض ١٩٦٣/٦/٦ س ١٤ ص ٧٩٢).

إذا كـــان البين من الأوراق أن مصلحة الأملاك إذا استلمت العقار بعد رسو مزاده علـــى مصلحة الضرائب إنما سلمته باعتبارها الجهة الحكومية التى تتولى إدارة أمـــلاك الدولـــة، فإنها فى وضع يدها عليه تقوم مقام مصلحة الضرائب وتكون العبـــرة بحسن أو سوء نية هذه المصلحة الأخيرة. (نقض ٦٩/٣/٢٧ س ٢٠ ق ٥٠٨)

المطلب الرابع
انتقال الحيازة وزوالها

إذا اجـتمع للحائـز ركنا الحيازة، المادى والمعنوى، فإنه يكتسب الحـيازة القانونية. والأصل أن الحيازة تكتسب ابتداء، أى بعمل يصدر من جانب الحائز وحده، أى يكون الحائز هو أول من يحوز الشيء دون أن يكون هناك حائز قبله. ولكن يمكن اكتساب الحيازة انتقالاً من حائز سابق. ويمكن أن تنتهى الحيازة كذلك.

الفرع الأول
انتقال الحـــيازة
Transfert de la possession

"تنـتقل الحيازة من الحائز إلى غيره إذا اتفقا على ذلك وكان فى اسـتطاعة مـن انتقلت إليه الحيازة أن يسيطر على الحق الوارد عليه الحـيازة، ولو لم يكن هناك تسليم مادى للشيء موضوع الحق". "يجوز أن يـتم نقـل الحـيازة دون تسليم مادى إذا استمر الحائز واضعًا يده لحسـاب مـن يخلفـه فى الحيازة، أو استمر الخلف واضعًا يده ولكن لحساب نفسه".

"تسليم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة فى المخازن تقوم مقام تسلمي البضائع ذاتها. على أنه إذا تسلم شـخص هـذه المستندات وتسلم آخر البضائع ذاتها وكان كلاهما حسن النية فإن الأفضلية تكون لمن تسلم البضاعة".

"تنتقل الحيازة للخلف العام بصفاتها، على أنه إذا كان السلف سيء النـية وأثـبت الخلف أنه كان فى حيازته حسن النية جاز له أن يتمسك بحسن نيته. ويجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه فى كل ما يرتبه القانون على الحيازة من أثر"[١].

---

(١) م ٩٥٢: ٩٥٥ مدنى.

يتضح من ذلك أن الحيازة تنتقل من شخص إلى آخر بنفس الأسباب التى ينتقل بها الملك من ميراث أو تصرف كالبيع والهبة والوصية، أى أن الحيازة يمكن أن تنتقل من حائز إلى آخر، كما هو الحال بالنسبة للحقوق، وتنتقل الحيازة إلى الخلف العام والخلف الخاص.

(أ) انتقال الحيازة إلى الخلف العام:

يقصد بالخلف العام الوارث والموصى له بجزء شائع فى جملة التركة كالثلث أو الربع مثلاً. وتنتقل الحيازة إلى الخلف العام بنفس نوعها وصفاتها التى كانت عليها، فإذا كانت حيازة ملك أو حيازة انتفاع فإنها تنتقل بنفس الصفة. وانتقال الحيازة هنا يتم بقوة القانون بمجرد وفاة الحائز.

فإذا كانت الحيازة عرضية، فإن الوارث يكون هو الآخر حائزًا عرضيًا، ولا تتغير تلك الصفة إلا بأحد الأمرين السابقين كما عرضنا من قبل بصدد تغير الحيازة، وكذلك إذا كانت حيازة المورث معيبة بعيب الخفاء أو الإكراه أو الغموض، فإنها تنتقل إلى الوارث مشوبة بهذا العيب، ولا تصبح سليمة فى يده إلا إذا زال العيب ومن تاريخ زوال هذا العيب(١).

---

(١) المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الحائز العرضى لا يستطيع كسب الملك بالتقادم على خلاف سنده إلا إذا تغيرت صفة حيازته إما بفعل الغير وإما بفعل منه يعتبر معارضة ظاهرة لحق المالك، كما أن انتقال الحيازة بالميراث لا يمكن اعتباره مغيرًا للسبب لأن الحيازة تنتقل بصفاتها إلى الوارث الذى يخلف مورثه فى التزامه بالرد بعد انتهاء السبب الوقتى لحيازته العرضية، ولا تكون للوارث حيازة مستقلة مهما طال الزمن ولو كان يجهل أصلها أو سببها، ما لم تصحب هذه الحيازة مجابهة صريحة ظاهرة فى معارضة حق الأصيل فى الملك، لما كان ذلك وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه استخلص من إقرارى الطاعنة السادسة ومورث مورث الطاعنين أن الأخير كان حائزًا لعين النزاع بطريق النيابة عن صاحبها وهى صفة تحول دون اكتساب الملك بالتقادم، وكان من حق محكمة الموضوع الالتفات عما أثاره الطاعنون من تزوير الإقرارين سالفى الإشارة وتعتبرهما صحيحين طالما أنهم لم يسلكوا =

(ب) انتقال الحيازة إلى الخلف الخاص:

يُقصـــد بالخلف الخاص هنا كل من يخلف الحائز فى حيازة عين معيـــنة بالذات، بناء على علاقة قانونية بينهما أدت إلى انتقال الحيازة. وذلـــك كالمشترى والموهوب له والموصى له بعين معينة. ويُعتبر فى حكـــم الخلـــف الخاص كل شخص يجب أن تنتقل إليه حيازة العين من الحائز بناء على التزام فى ذمة الحائز بنقلها إليه.

وتقرر محكمة النقض: أن وضع اليد المدة الطويلة إذا توافرت فيه الشـــروط القانونـــية يعد بذاته سببًا لكسب الملكية مستقلاً عن غيره من أســـباب اكتسابها وأنه ليس ما يمنع مدعى التملك بهذا السبب أن يستدل بعقد شرائه غير المسجل على انتقال حيازة العين إليه وتكون حيازته فى هذه الحالة امتدادًا لحيازة سلفه البائع له[1].

الســـبيل الـــذى رســـمه المشرع فى المواد من ٤٩ إلى ٥١ من قانون الإثبات للادعاء بالتزوير، ومادامت لم تر من ظروف الدعوى وفقًا للمادة ٥٨ من ذات القانـــون ما يشير إلى تزويرهما، ولم يتعرض لما أورده الخبير فى تقريره عن مـــدة الحيازة وما قدمه الطاعنون من مستندات فإنه لايكون قد أخطأ فى تطبيق القانون. (الطعن رقم ١٧٤٢ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٨٨/٥/٢٥)

المقـــرر فى قضاء هذه المحكمة أنه يشترط لكسب الملكية بوضع اليد المدة الطويلة ثـــبوت قيامه مستوفيًا لشرائطه مدة خمسة عشر سنة يستوى أن تكون كلها فى وضع يد مدعى الملكية أو فى وضع يد سلفه أو بالاشتراك بينهما بحيث لا يقل مجموع مدتهما عن الخمسة عشر عامًا. ومقتضى ذلك أن مدعى التملك بوضع الـــيد إذا أراد ضم مدة سلفه إلى مدته فعليه أن يثبت أمام محكمة الموضوع أن ســـلفه كـــان حائزًا حيازة توافرت فيها الشروط القانونية من ظهور واستمرار وهـــدوء مقارنـــة بنـــية التملك بلا انقطاع عن حيازته التى كانت مستوفية لتلك الشروط أيضًا. (الطعن رقم ٢٨١ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٩٠/١٢/٢٠).

(١) الطعن رقم ١٢٣٩ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩١/٢/٢٠.

وتنـــتقل الحيازة بالاتفاق ما بين السلف والخلف، مصحوبًا بالتسليم المـــادى أى بالســيطرة الفعلــية على الشيء. وقد يكون انتقال الحيازة معـــنويًا، كمـــا إذا استمر السلف حائزًا ولكن لحساب الخلف (مثال ذلك الــبائع يســتأجر الشيء المبيع)، أو استمر الخلف حائزًا ولكن لحساب نفســه (مثال ذلك المستأجر يشترى العين). كما قد يكون انتقال الحيازة رمزيًا كتسليم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المــودعة فى المخازن. ولكن إذا تعارض التسليم الحقيقى مع التسليم الرمـــزى، كان الأول هو المعتبر، كما إذا تسلم شخص شهادة البضاعة وتسلم آخر البضاعة نفسها، فالحيازة فى هذا الفرض تكون للأخير.

تنـــتقل الحـــيازة بالتســليم. والتسليم قد يكون ماديًا، أو معنويًا أو رمزيًا. والتسليم المعنوى أو الحكمى له صورتان:

الأولـــى: أن يكـــون الخلف حائزًا للشيء حيازة انتفاع مؤقتة، ثم تـــؤول إليه ملكية الشيء بميراث أو شراء أو نحوهما، فتستمر يده على الشيء ولكن تنقل حيازته له من حيازة انتفاع إلى حيازة ملك[1].

الثانـــية: أن يتصرف المالك فى شيء يملكه ويحوزه حيازة فعلية، إلى شخص، تصرفا يُزيل ملكيته عنه، وفى نفس الوقت يستأجر الشيء أو يستعيره من المتصرف إليه وتستمر يده الفعلية على الشيء للانتفاع بـــه كالإجارة أو الإعارة، أما حيازة الملك فتكون للشخص الآخر الذى يملك الشيء ولم يتسلمه ماديًا.

والتسليم الرمزى يتم بتسليم ما يرمز إلي الشيء موضوع الحيازة، كاســتلام المشترى لمفاتيح المنزل أو المخزن الذى توجد به المنقولات، ويكفى هذا التسليم لتحقق السيطرة الفعلية على الشيء وتنتقل به الحيازة.

وتعبـــر عن ذلك محكمة النقض بقولها: إن كون الشيء واقعًا فعلاً فـــى حوزة من يدعى حيازته أو غير واقع فيها أمر موضوعى يحصله قاضـــى الموضوع فى كل دعوى مما تتوافر فيها من دلائل، وإذا كان

(1) Salleilles, De la possession, P. 28.

القانـــون المدنى قد نص فى باب البيع على أن تسليم المنقولات المبيعة يصح أن يتم بتسليم المخازن الموضوعة فيها، فإن ذلك لا يعنى أن من يحمـــل مفـــتاحًا لخزانة يكون ولا بد حائزًا فعلاً لمحتوياتها، لأن حمل المفـــتاح لا يلـــزم عـــنه حـــتمًا أن حامله متسلط على الخزانة مستأثر بالتصـــرف فـــى فراغها، ومن ثم كانت العبرة فى كل دعوى بظروفها الواقعـــية، فحـــيث تدل هذه الظروف على أن حامل مفتاح الخزانة كان متسلطًا فعلاً على ما فيها جاز اعتباره حائزًا وإلا فلا، وما يراه قاضى الموضوع فى هذا الشأن هو رأى فى مسألة واقعية يستقل هو بتقديرها ولا يخضع قضاؤه فيها لرقابة محكمة النقض(١).

(ج) علاقة حيازة الخلف بحيازة السلف:

وإذا كانـــت القاعـــدة بالنســـبة للخلف العام أن الحيازة تنتقل إليه بصـــفاتها وخصائصـــها، فإن حيازة الخلف الخاص مستقلة عن حيازة السلف وليست استمرارًا لها كما فى حالة الخلف العام. وعلى هذا يمكن أن تختلف حيازة الخلف الخاص عن حيازة سلفه فى صفاتها(٢).

فـــيمكن أن تكـــون حيازة السلف قانونية وحيازة الخلف عارضة، وذلك كأن يقوم مالك العقار بتأجيره لمستأجر، هنا تعد حيازة المستأجر عارضة بينما حيازة المالك أصلية أو قانونية. ويمكن أن يحدث العكس كأن يقوم المستأجر أو المستعير الذى يحوز حيازة عرضية ، بيع العين المؤجـــرة إلى شخص من الغير، يصبح كمشترى، حائزًا للعين كمالك، أى لحساب نفسه.

وتطبـــيقًا لذلك قضت محكمة النقض بأن الحائز العرضى كالدائن المـــرتهن وإن كان لا يستطيع كسب الملك بالتقادم على خلاف سنده إلا إذا تغيـــرت صفة حيازته، إما بفعل الغير أو بفعل منه يعتبر معارضة ظاهـــرة لحق المالك، إلا أن هذه القاعدة لا تسرى فى حق خلفه الخاص

---

(١) نقض ١٩٤٧/١/٣٠ طعن ١٠٧ س ١٥ق.

(٢) محمد كامل مرسي، ص ١٩٦.

كالمشترى من الدائن المرتهن، لأنه فى هذه الحالة إنما يبدأ حيازة جديدة تختلف عن الحيازة العرضية التى كانت للبائع له[1].

وقـد تكـون حـيازة السـلف معيبة بعيب الخفاء أو الغموض أو الإكـراه، ولكنها تنتقل إليه بعد ذلك خالية من العيب، والعكس صحيح حـيث يمكن أن تكون حيازة السلف سليمة ثم يشوب حيازة الخلف أحد العيوب السابقة.

ويضع القانون قاعدة عامة فى هذا الصدد مؤداها أن الحيازة تنتقل إلـى الخلـف بنفس نوعها وصفاتها التى كانت عليها، ويمكن أن تتغير صـفات تلـك الحـيازة بعد ذلك فى يد الخلف. إلا أنه استثناء من تلك القاعدة فإنه بالنسبة للخلف الذى يجهل أن سلفه كان غاصبًا للشيء، بل يعـتقد أنـه مالك له، واستمر فى حيازته للشيء على أنه مالك، فيعامل كأنه مالك إلى أن يثبت العكس فلا تطبق عليه أحكام الغصب إلا إذا ثبت أنـه علـم بـأن سلفه كان غاصبًا للشيء لا مالكًا له، ومن وقت ثبوت علمه، لا من وقت انتقال الشيء إليه، إن كان الانتقال إليه أسبق. مؤدى ذلـك أن الأصـل هـو إذا كان السلف قد بدأ حيازته بحسن نية، كانت حـيازة خلفه مبنية أيضًا على حسن النية، إلا أنه إذا كان السلف سيء النـية فـإن الخلف يستطيع أن يتمسك بحسن نيته عند بدء حيازته لعدم علمه بسوء نية سلفه.

(د) ضم حيازة السلف إلى حيازة الخلف:

ويسـتطيع الخلـف أن يضـم إلـى مدة حيازته مدة حيازة سلفه Jonction des possessions فـى كل ما يرتبه القانون على ذلك من آثـار[2]، وضم مدد الحيازة يمكن أن يفيد فى حساب مدة التقادم، إلا أن

---

(١) جلسة ١٨/٢/١٩٥٤ طعن رقم ٤٥١ لسنة ٢١ق.

(٢) كـل ما اشترطه القانون لكسب الملكية بوضع اليد هو قيامه مستوفيًا لشرائطه مـدة خمـس عشـرة سنة يستوى أن تكون كلها فى وضع يد مدعى الملكية أو بالاشتراك بينه وبين سلفه. (الطعن رقم ٣٠٤٦ لسنة ٥٨ق جلسة ٦/٥/١٩٩٠).

=

هذا الضم يُشترط فيه أن تكون الحيازة المراد ضمها خالية من العيوب وتتوافــر فيها شروط الحيازة القانونية. هذا بالإضافة إلى أنه يجب أن تكون الحيازة لدى كل من السلف والخلف بنفس المضمون، أى أن تكون كل منها حيازة ملك أو حيازة انتفاع.

وتعبر محكمة النقض عن شروط ضم الحيازة بقولها: "من المقرر أن للمشترى باعتباره خلفًا خاصًا للبائع أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه فــى كــل ما يرتبه القانون على الحيازة من آثار ومنها التملك بالتقادم المكسب، وأنه ليس ثمة ما يمنع مدعى التملك بهذا السبب من أن يستدل بعقد شرائه غير المسجل على انتقال حيازة العين إليه وتكون حيازته فى هــذه الحالــة امتدادًا لحيازة سلفه البائع له كما أنه من المقرر كذلك أن على مدعى التملك بوضع اليد إذا أراد ضم مدة سلفه إلى مدته أن يبدى هــذا الطلــب أمام محكمة الموضوع ويثبت أن سلفه كان حائزًا حيازة توافرت فيها الشروط القانونية[1].

الحــيازة. الأصل فيها أنها لصاحب اليد استقلالاً. للخلف الخاص ضم حيازة سلفه إلــى حــيازته لاكتساب الملكية بالتقادم الطويل، شرطه، ثبوت قيامها مستوفية لشــرائطها القانونية بحيث لا يقل مجموع مدة الحيازتين من خمس عشرة سنة. لا حاجــة للنظر فيما إذا كان السلف مالكا للشيء وقت تصرفه فيه إلى خلفه أم غير مالك. م ٢/٩٥٥ مدنى. (الطعن رقم ١٣٦ لسنة ٥٧ق (هيئة عامة)، جلسة ١٩٩٦/١/٢)

(١) نقض ١٩٧٦/٦/٣٠ س ٢٧ ص ١٤٦٢.

للمشــترى باعتــباره خلفًا للبائع أن يضم حيازته إلى حيازة سلفه فى كل ما يرتبه القانــون مــن آثار ومنها التملك بالتقادم المكسب، ولما كان الطاعنان قد تمسكا أمــام محكمــة الموضوع باكتسابهما ملكية أطيان النزاع بالتقادم بالمدة الطويلة بضــم مدة حيازة سلفهما البائع لهما... إلى مدة حيازتهما اللاحقة التى تستند إلى عقــد البيع الابتدائى الصادر من هذا الأخير إليهما فى سنة ١٩٧٦، وكان الحكم المطعــون فــيه لــم يتــناول هذا الدفاع الجوهرى ولم يقسطه حقه من البحث والتمحيص وكان لا يغنيه عن ذلك استنادًا إلى ما انتهى إليه الخبير المنتدب فى =

ولقــد كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه يشترط لإجازة ضم الخلف الخاص حيازة سلفه إلى حيازته ليكسب ملكية عقار بالتقادم أن لا يكــون هــذا السلف مالكا وقت تصرفه فيه إلى خلفه، أما إذا كان الســلف مالكا له فعلا بأى طريق من طرق الملكية فإنه يبقى هو المالك لــه دون خلفــه الخاص الذى لا يتملكه منه إلا بتسجيل سنده أو بالتقادم الناشــئ عــن حيازته هو الخاصة به المستوفية لأركانه ومدتها. ولكن الهيئة العامة لمحكمة النقض عدلت عن ذلك المبدأ[1].

تقريــره مــن عدم استيفاء حيازة الطاعنين لشرط المدة اللازمة لكسب الملكية بالــتقادم الطــويل التى بدأت منذ سنة ١٩٨٠ لأن هذا التقرير إذا اقتصر على بحث حيازة الطاعنين وحدهما دون تقصى حيازة البائع لهما والمالكين السابقين لأطــيان النــزاع الــذين أشار إليهم الخبير فى تقريره توصلا لبيان مدى توافر شروطهما المؤدية إلى اكتسابهما ملكية تلك الأطيان بالتقادم الطويل بضمهما إلى حيازتهما المتولدة عن عقد البيع الابتدائى الصادر لهما فى سنة ١٩٧٦، فإنه لا يكون قد واجه دفاع الطاعنين فى هذا الصدد ومن ثم يكون الحكم المطعون فيه قــد عــاره القصــور المــبطل بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن. (الطعن رقم ٢٤٨٣ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩١/٥/٢٥)

إذا كــان شــراء المطعــون ضده لعقار بعقد بيع مسجل لا يسرى فى حق الطاعن والبائعــين له إذا ثبت أن البائع المطعون ضده لم يكن مالكا لما باعه بسبب أن أســلاف الطــاعن كانوا قد كسبوا ملكية المبيع بالتقادم، وكان الطاعن قد تمسك أمام محكمة الموضوع بأن البائع للمطعون ضده لا يملك ما باعه وأنه وأسلافه قد وضعوا اليد على العقار محل النزاع للمطعون المدة الطويلة المكسبة للملكية، فإن الحكم المطعون فيه إذ اقتصر فى خصوص الرد على دفاع الطاعن – على القــول بوجود العقد المسجل الصادر للمطعون ضده وبأن مدة وضع يد الطاعن لا تكفى لاكتساب الملكية بالتقادم دون أن يحقق الحكم وضع يد أسلاف الطاعن ومدة وضع يدهم، يكون مشوبا بالقصور. (نقض ٦٨/٢/٢٩ س ١٩ ص ٤٤)

(١) الطعن رقم ٨١٧ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٨/٢/١٠.

وقــد عــدلت محكمــة النقض (هيئة عامة) عن ذلك المبدأ وقررت اشتراط الحكم المطعــون فيه لإجازة الضم ألا يكون السلف مالكا للشيء وقت تصرفه فيه إلى =

الأصل فى الحيازة أنها لصاحب اليد، يستقل بها ظاهرًا فيها بصفته صاحب الحق، ويتعين عند ضم مدة حيازة السلف إلى مدة حيازة الخلف، قيام رابطة قانونية بين الحيازتين، ولما كان الحكم المطعون فيه قد جرى فى قضائه على ضم مدة حيازة المطعون عليه إلى مدة حيازة سلفه، ورتب على ذلك تقريره، بأن المطعون عليه قد استكمل المدة اللازمة لتملك العقار موضوع النزاع بمضى المدة الطويلة المكسبة للملكية دون أن يبين الرابطة القانونية التى تجيز ضم مدة الحيازتين فإنه يكون مشوبًا بالقصور[1].

إن ادعاء الخلف الخاص الملكية بالتقادم الطويل المدة بضم مدة حيازة سلفه يقتضى انتقال الحيازة إلى الخلف على نحو يمكنه معه السيطرة الفعلية على الشيء ولو لم يتسلمه تسلمًا ماديًا مع توافر الشرائط القانونية الأخرى لكسب الملكية بوضع اليد مدة خمسة عشر عامًا، يستوى أن تكون كلها فى وضع يد مدعى الملكية أو فى وضع يد سلفه أو بالاشتراك بينهما[2].

لئن كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن قاعدة ضم حيازة السلف إلى مدة حيازة الخلف لا تسرى إلا إذا أراد المتمسك بها أن يحتج بها قبل غير من باع له أو غير من تلقى الحق ممن باع له، بحيث إذا كان السلف مشتركًا، فلا يجوز للحائز المتمسك بالتقادم أن يفيد من حيازة سلفه لإتمام مدة الخمس عشرة سنة اللازمة لاكتساب الملكية بالتقادم قبل من تلقى حقه عن هذا السلف، إلا أنه لما كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن مقتضى القضاء بصورية أحد العقدين الصادرين

خلفه. خطأ فى القانون. (الطعن رقم ١٣٦ لسنة ٥٧ق (هيئة عامة) ، جلسة ٢/ ١/١٩٩٦)

(١) نقض ١٩٧١/١٢/٢٣ س ٢٢ ص ١١٠٧.

(٢) نقض ١٩٧٩/٤/٢٦س٣٠ع٢ص٢٠٢؛ طعن ١٩٧٠ س ٥٧ق، جلسة ٢/١٣/ ١٩٩٢.

مـــن الســـلف صورية مطلقة ألا يكون ثمة وجود فى الحقيقة إلا للعقد الآخـــر ومـــن ثـــم فلا يكون ثمة ما يحول قانونا دون ضم مدة حيازة صاحب هذا العقد إلى مدة حيازة سلفه(١).

الفرع الثانى
زوال الحيازة
Perte de la possession

"تـــزول الحيازة إذا تخلى الحائز عن سيطرته الفعلية عن الحق أو إذا فقد هذه السيطرة بأية طريقة أخرى"(٢).

تـــزول الحـــيازة بفقـــد عنصريها المادى والمعنوى، أو بفقد أحد عنصريها فقط، إلا أن المانع الوقتى لا يؤثر على زوال الحيازة.

(أ) زوال الحيازة بفقد عنصريها المادى والمعنوى:

تـــزول الحـــيازة بفقـــدها كلية، أى فقد الحائز للعنصرين المادى والمعنوى معًا، وذلك فى حالتين:

١- تصـــرف الحائـــز فى الشيء الذى يحوزه إلى الغير بالبيع أو الهـــبة، هنا يفقد الحائز الحيازة بتسليمها إلى المشترى حيث يبدأ حيازة جديدة.

٢- تخلى الحائز عن حيازة الشيء أى ترك السيطرة المادية عليه وقصـــد اســـتعماله لحســـاب نفســـه، كمـــن يلقى بأشياء قديمة فى سلة المهملات.

(ب) زوال الحيازة بفقد عنصرها المعنوى:

تزول الحيازة إذا فقدت العنصر المعنوى وحده، أى إذا فقد الحائز قصـــد استعمال الشيء لحساب نفسه، مع استبقائه للسيطرة المادية عليه

---

(١) نقـــض ١٩٨٥/١/٢٩س ٣٦ ص ١٦٧ طعن ٢٦٣٥ س ٦٠ق، جلسة ١١/٢/ ١٩٩٤.

(٢) م ٩٥٦ مدنى.

لحساب شخص آخر، مثال ذلك أن يظل المبيع فى حيازة البائع لحساب المشترى، أو أن يحتفظ البائع بالمبيع بوصفه مستأجرًا.

(ج) زوال الحيازة بفقد عنصرها المادى:

تزول الحيازة بفقد العنصر المادى وذلك بأن يفقد الحائز السيطرة المادية على الشيء بسبب اغتصابه منه أو سرقته أو ضياعه إن كان منقولاً، فالحيازة تزول إذا تخلى الحائز عن السيطرة الفعلية عن الحق، أو إذا فقد هذه السيطرة بأية طريقة أخرى[1]. مع ملاحظة أن الاغتصاب والسرقة يعدان بمثابة مانع وقتى لا يؤدى إلى زوال الحيازة بالضرورة كما سنرى حالاً.

(د) المانع الوقتى لا يؤثر على الحيازة:

ينبغى الإشارة إلى أن الحيازة لا تنقضى إذا حال دون مباشرة السلطة الفعلية على الحق مانع وقتى. لا تزول حيازة الملك بمانع وقتى يمنع الحائز من السيطرة الفعلية على الشيء، كغياب الحائز عن مكانه، أو وجود عذر لديه من صغر أو جنون ونحو ذلك. إنه وإن كانت السيطرة الفعلية على الشيء هى المظهر الأساسى لحيازته والثبوت عليه إلا أن المانع الوقتى الذى يمنع من هذه السيطرة الفعلية على الشيء لا يزيل الحيازة، كأن يغيب الشخص عن مكان الشيء أو يكون لديه عذر شرعى من صغر أو جنون ونحو ذلك، فإن الحيازة فى مثل هذه الأحوال تستمر للغائب أو الصغير أو المجنون إذا لم يكن لديه من يمثله، طالما أن الحيازة الفعلية لم تنتقل للغير.

فالمانع الوقتى لا يؤثر فى الحيازة، سواء أكان مانعًا طبيعيا، أو قوة قاهرة، كالفيضان الذى يغمر الارض لمدة موقوتة، أو الحرب التى

---

(١) واقعة سلب الحيازة وتاريخها من المسائل الموضوعية المتروكة لقاضى الموضوع متى كان استخلاصه سائغا وله سنده فى الأوراق. (الطعن ١٠٨ لسنة ٥٩ق جلسة ١٥/٢/١٩٩٠).

تجبـر الـناس علـى ترك عقاراتهم والهجرة بعيداً إلى حين استقرار الأوضـاع. فزوال العنصر المادى مؤقتا لا يؤثر على بقاء الحيازة لأن الحائـز يظل محتفظا بها عن طريق الركن المعنوى وحده، ولكن ذلك مشـروط بـألا توجد حيازة أخرى على الشيء تمنع الحائز الأول من مباشـرة سلطاته. ولا يؤدى التوقف عن مباشرة الركن المادى للحيازة، بسـبب السفر مثلاً، إلى فقدانها طالما لم تنشأ على العين حيازة جديدة، وتظل الحيازة قائمة طالما كان بالإمكان العودة ومباشرة الأعمال المادية المكونة للحيازة بلا عائق.

ويعتبر اغتصاب الحيازة من قبيل المانع الوقتى الذى لا يؤدى إلى زوالها كلية طالما كان الحائز نشطا فى اتباع الطرق الشرعية لاسترداد حيازته. وسرقة المنقول أو ضياعه تعتبران من الموانع الوقتية التى لا تؤدى إلى زوال حيازة المنقول، فللحائز أن يستبقى الحيازة بمحض نيته مادام لم يفقد الأمل فى العثور على الشيء. أما إذا فقد الحائز الأمل فى العثور على المنقول وكف البحث عنه فإنه يفقد الحيازة بركنيها المادى والمعنوى بالتخلى كلية عن الشيء(١).

---

(١) وللحائز حق استرداد المنقول خلال مدة معينة كما سنرى ص

المبحث الثانى
آثار الحيازة

يحمى القانون الحيازة لذاتها بوصفها حالة واقعية ظاهرة حتى ولو لم تكن مستندة إلى حق، بل إن القوانين الوضعية المعاصرة ترتب عليها الكثير من الآثار القانونية الهامة. ونعرض لتلك الآثار بصفة عامة قبل أن نعـــرض للأثر الرئيسي لها وهى أنها سبب من أسباب كسب الحق العينى بالتقادم المكسب.

المطلب الأول
الآثار العامة للحيازة

لعـــل أهـــم الآثار التى تترتب على الحيازة بصفة عامة هى أنها: وســـيلة لإثـــبات الحـــق العينى، وسبب من أسباب كسب الحق العينى، وســـبب فـــى تملـــك الحائـــز للـــثمار، وسند أحقية الحائز فى استرداد المصـــروفات، وتـــثور مسئولية الحائز عن الهلاك أو التلف، ونعرض لتلك الآثار فيما يلى:

(أ) الحيازة قرينة على الملكية:

القاعـــدة أن مـــن كان حائزًا للحق اعتبر صاحبه حتى يقوم الدليل علـــى العكس[1]. فإذا ثار نزاع حول حق من الحقوق، فإن القانون يأخذ بالوضـــع الظاهر ويجعل الحائز فى مركز المدعى عليه ، ويقع عبء الإثبات على من ينازعه ملكية الحق.

فـــإذا ثبـــتت الحيازة فإنها تكون قرينة على الملكية، فيُفترض أن الحائـــز مالـــك حتى يقيم المدعى الدليل على العكس، لذلك كان الحائز مدعـــى علـــيه دائمًا فى دعاوى الملكية، مع أن الحيازة نفسها قد تكون محل شك فى ثبوتها، لذلك يقتضى الأمر إيجاد قرينة أخرى هى الحيازة المادية المستوفية لشروطها من هدوء واستمرار وظهور ووضوح، فمن

---

(١) م ٩٦٤ مدنى.

أثبت أن عنده هذه الحيازة المادية تمسك بذلك كقرينة على الحيازة القانونية، وعلى من ينازعه أن يثبت أنه هو الحائز، وأن الحيازة المادية هذه إنما كانت لحسابه مثلاً، أو كانت غير مقترنة بالعنصر المعنوى(1).

يتضح من ذلك أن من يستطيع إثبات الحيازة المادية لنفسه، له أن يتخذ منها قرينة على الحيازة القانونية، ثم يتخذ من تلك الحيازة قرينة على الملكية ذاتها، وفى هذا تيسير كبير لإثبات الملكية. يتخذ القانون الحيازة كأساس لقرينتين قانونيتين يتم من خلالهما إثبات حق الملكية. فالحيازة المادية قرينة على الحيازة القانونية، أى من له السيطرة المادية على الشيء يُفترض أنه يحوزه لحساب نفسه إلى أن يقوم الدليل العكسى. ومن ناحية أخرى فإن الحيازة القانونية قرينة على الملكية إلى أن يثبت العكس، أى أن من يسيطر على الشيء سيطرة مادية يفترض أنه المالك لهذا الشيء، وعلى من ينازعه الملكية أن يثبت عكس هذه القرينة.

لذلك يحمى القانون حيازة العقار بدعاوى الحيازة، وهى دعوى استرداد الحيازة، ودعوى منع التعرض ودعوى وقف الأعمال الجديدة(2).

(ب) حماية الحيازة:

يحمى القانون الحيازة لذاتها وذلك بدعاوى الحيازة، ويعد الحائز فى مركز ممتاز فى مواجهة كل من ينازعه فى حيازته، حيث يكون فى مركز المدعى عليه فى الدعوى المرفوعة ضده من أى شخص يدعى أنه صاحب حق على الشيء محل الحيازة، ذلك أن من يحوز الحق يُعتبر صاحبه حتى يقوم الدليل على العكس. وإذا تعدد أشخاص متعددون على حيازة حق واحد اعتبر بصفة مؤقتة أن حائزه هو من له

---

(1) منصور مصطفى منصور، ص ٤٠١.

(2) م ٩٥٨: ٩٦٢ مدنى.

الحـــيازة الماديـــة إلا إذا ظهر أنه قد حصل على هذه الحيازة بطريقة معيبة[1].

وهناك ثـــلاث دعاوى لحماية الحيـــــازة: دعوى استرداد الحيازة La reintegrade وترمـــى إلـــى تمكـــين مـــن سُلبَت منه الحيازة من اســـتردادها[2]. ودعـــوى منع التعرض La Complainte وتهدف إلى حماية الحائز من تعرض الغير له[3]. ودعوى وقف الأعمال الجديدة La

---

(١) م ٩٦٣، ٩٦٤ مدنى.

(٢) دعـــوى اســـترداد الحيازة شرعت لحماية الحائز من أعمال الغصب فهى تقوم قانـــونا علـــى رد الاعـــتداء غير المشروع ومن ثم كان قبولها رهنًا بأن يكون لـــرافعها حيازة مادية حالية بحيث تكون يد الحائز متصلة بالعقار اتصالاً فعليًا يجعـــل العقـــار تحت تصرفه المباشر وأن يكون ها الاتصال قائمًا حال وقوع الغصـــب وأنه ولئن كان لا يلزم أن تكون هذه الحيازة بنية التملك إلا أنه يتعين فـــى جمـــيع الأحوال أن يكون لرافع الدعوى ــ حال وقوع الغصب ــ حيازة هادئة وظاهرة. (الطعن رقم ٧٩٣ س ٤٩ق جلسة ١٩٨٣/١/١١)

إن مـــن فقد حيازة عقار يجاب إلى طلبه ردها إليه متى ثبتت حيازته له عند فقدها وأقـــام الدعوى خلال سنة من تاريخ هذا الفقد ولو كان من سلب الحيازة يستند إلـــى حيازة أحق بالتفضيل طالما أن حيازة المدعى دامت مدة تجاوز سنة سابقة على فقدها. (الطعن رقم ٤٨٩ س ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/١١/٢٩).

(٣) التعـــرض الذى يبيح لحائز العقار حيازة قانونية رفع دعوى منع التعرض هو كـــل عمـــل مادى أو كل تصرف مادى يتضمن بطريق مباشر أو بطريق غير مباشـــر ادعـــاءًا يتعارض مع حق واضع اليد. فيكفى أن يعارض المدعى عليه حـــق المدعى فى الحيازة ليكون هناك تعرض واقع عليه. فلا يشترط أن يكون التعـــرض قـــد ألحق ضررًا بالمدعى أو أن يكون ظاهرًا أو حصل علنًا وإنما يكفـــى أن يعلـــم بـــه المدعى حتى يبدأ ميعاد السنة التى يجوز له رفع الدعوى خلالها. (الطعن رقم ١٠٤٨ س ٤٧ق جلسة ١٩٨٢/١١/٢٨)

وتــواجه الخطــر المحــتمل الذى dénonciaion de nouval oeuvre يُخشى تعرض الغير به للحيازة[1].

وتستند تلك الدعاوى إلى الحيازة بشروطها القانونية دون التعرض للملكــية وفحص مستنداتها لدى الخصوم، وهى تحمل طابع الاستعجال حيث ترمى إلى إشاعة الأمن والاستقرار بصفة مؤقتة حتى يثبت الحق، لذا يكتفى القاضى فيها ببحث الوضع الظاهر وتحسس عناصره[2].

---

(١) دعــوى وقــف الأعمال الجديدة التى تعد من دعاوى وضع اليد، هى الدعوى التى يكون سببها وضع اليد على عقار أو حق عينى وموضوعها حماية اليد من تعــرض يهــددها ومقتضى الفصل فيها ثبوت الحيازة القانونية وتوافر أركانها والشــروط اللازمــة لحمايتها وتختلف هذه الدعوى عن الطلب المستعجل الذى يرفع إلى قاضى الأمور المستعجلة، ويقوم على توافر الخطر والاستعجال الذى يبرر تدخله لإصدار قرار وقتى يراد به رد عدوان يبدو للوهلة الأولى أنه بغير حــق ومــنع خطر لا يمكن تداركه أو يخشى استفحاله إذا ما فات عليه الوقت، والحكــم الذى يصدره القاضى المستعجل فى هذا الشأن هو قضاء بإجراء وقتى لا يمس أصل الحق. (نقض ١٩٦٦/١/١٨ س ١٧ ص١٤٧)

(٢) الأســاس الأصــلى لدعاوى الحيازة هو الحيازة المادية بشروطها القانونية فلا محل فيها للتعرض لبحث الملكية وفحص ما يتمسك به الخصوم من مستنداتها. فــإذا وجدت المحكمة أن الحيازة المادية بشرائطها القانونية ثابتة كان هذا كافيًا لبناء الحكم عليها. (الطعن رقم ١٢٣٢ س ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/٦/٢١).

قاعــدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملك يلتزم بها الخصوم كما يلــزم بها القاضى. عدم جواز بناء الحكم فى دعوى الحيازة على أساس البحث فــى أصــل الملــك. جواز الرجوع إلى مستندات التمليك على سبيل الاستئناس لاستخلاص ما يتعلق بالحيازة وصفتها. (الطعن رقم ٩٧٨ لسنة ٦٠ق، جلسة ٧ /١٩٩٤/١٢)

(ج) كسب الحائز حسن النية للثمار:

يكسب الحائز الثمار التى يقبضها مادام حسن النية. وتُعتبر الثمار الطبيعية أو المستحدثة مقبوضة من يوم فصلها، أما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يومًا فيومًا.

ويكـــون الحائز سيء النية مسئولاً من وقت أن يصبح سيء النية عن جميع الثمار التى يقبضها والتى قصر فى قبضها، غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقه فى إنتاج هذه الثمار[1].

---

(١) م ٩٧٨: ٩٧٩مدنى.

النص فى الفقرة الأولى من المادة ٩٧٨ من القانون المدنى على أن "يكسب الحائز مـــا يقبضـــه من ثمار مادام حسن النية"، يدل على أن مناط كسب الحائز ملكية الـــثمار أن يكون حسن النية وقت قبضه إياها، فإذا أثبت المالك أن الحائز كان يعلـــم فـــى أى وقت بعيوب سند حيازته، أو أثبت أنه أعلنه بدعوى بأحقيته أو باســـترداده للعين أو ثمارها لم يتملك الحائز الثمار التى يقبضها من وقت علمه بـــتلك العـــيوب أو إعلانه بهذه الدعوى إذ يعتبر من هذا الوقت سيء النية، لما كـــان ذلـــك، وكان الحكم الصادر بتاريخ ١٩٧٩/٥/٢٩ قد أقام قضاءه برفض طلب إلزام الحائز بالتعويض على أنه كان حسن النية عند إقامته للطابقين محل النـــزاع ـــ لاعتقاده بأن له الحق فى إقامتها استنادًا منه إلى العقد الصادر له من المالـــك ـــ فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى مع ذلك بإلزامه بالريع منذ حصول البيع إليه حتى تاريخ الحكم دون التحقق من تاريخ انقطاع حسن النية أو إعلانه بدعـــوى أحقـــية المالك أو استرداد للعين أو ثمارها، يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون. (الطعن ١٦٧٢ لسنة ٥٤ق، جلسة ١٩٨٨/١/١٢)

الحائـــز ـــ وعلى ما جرى به نص المادة ٩٧٨ من القانون المدنى ـــ بتملك الثمار بقبضـــها إذا كـــان حسن النية بأن يعتقد أنه يملك العين التى أنتجت الثمار ملكًا صـــحيحًا لا تشـــوبه شـــائبة وأن ملكـــية العين قد انتقلت إليه من مالكها انتقالاً صـــحيحًا باتـــا، وكان من المقرر ـــ فى قضاء هذه المحكمة ـــ أن حسن النية مفتـــرض دائمًا لدى الحائز إلى أن يقوم الدليل على العكس، لما كان ذلك وكان الحكـــم المطعون فيه قد ألزم الطاعنين بأداء ريع الحصة محل النزاع للمطعون ضدها الأولى المالكة عن مدة وضع يدهم ومورثهم عليها بموجب العقد الصادر =

ويشـــترط لذلك أن يكون الشخص حائزًا للشيء (عقار أو منقول) حيازة قانونية، وأن يكون حسن النية وقت قبضه للثمار[1]، أى يعتقد أنه يملـــك العين التى أنتجت الثمار ملكًا صحيحًا وأن له الحق فى قبضها، ولا يشترط أن تكون حيازته مستندة إلى سبب صحيح.

ويقصـــد بالـــثمار الطبيعية تلك التى ينتجها الشيء دون تدخل من الإنســـان، كالأعشاب، أما الثمار المستحدثة أو الصناعية فهى التى تنتج بفعـــل الإنسان كالمحاصيل الزراعية. ويتملك الحائز هذين النوعين من الـــثمار بمجرد فصلهما عن الأرض كجنى المحصول أو قطف الثمار. أمـــا الـــثمار المدنـــية فتتمثل فيما يدره الشيء من دخل نقدى ، كأجرة المنـــزل أو الأرض الـــزراعية، وارباح الأسهم والسندات، هذه الثمار يتملكها الحائز يومًا فيومًا.

وينتهـــى حـــق الحائز فى كسب الثمار منذ الوقت الذى يصبح فيه ســـيء النية، أى منذ علمه بعدم أحقيته فى الحصول على الثمار. فمنذ

لهـــم مـــن مورث المطعون ضدهم من الثانية للأخيرة، ودون أن يستظهر سوء نيـــتهم وقـــت قبضهم للثمار، فإنه يكون معيبًا بالقصور بما يوجب نقضه نقضًا جزئيًا فى هذا الخصوص. (الطعن ١٠٦١ لسنة ٥١ق، جلسة ١٩٨٧/١/١٩)

(١) اســـتخلاص نية واضع اليد عند بحث تملك غلة العين. واقع. استقلال محكمة الموضوع بتقديرها.

الحائـــز ســـيء النية . التزامه برد الثمرة وهى الريع. سقوط الحق فى المطالبة به بالتقادم الطويل. م ٢/٣٧٥ مدنى. لا يغير من ذلك أن عين النزاع مثمرة. إلزام الغاصـــب بالـــتعويض لحـــرمان صاحب الحق من الانتفاع بها. اقتران الحيازة بحسن نية. لا إلزام برد الثمرة. المادتان ٩٧٨، ٩٧٩ مدنى (الطعن رقم ١٨١٣ لسنة ٥٧ق، جلسة ١٩٩٣/١/٢١)

ذلـك الحـين يكـون مسئولاً عن كل الثمار التى قبضها أو قصر فى قبضها، ويجوز له أن يسترد ما أنفقه فى إنتاج هذه الثمار[1].

(د) استرداد الحائز للمصروفات:

يلتـزم المالك الذى يسترد ملكه من الحائز بأن يؤدى إليه جميع ما أنفقـه مـن المصروفات الضرورية، التى تنفق فى سبيل الحفاظ على الشـيء، كتقوية وتدعيم أساسات المنزل. أما المصروفات النافعة التى تـنفق لتحسـين الشيء أو زيادة قيمته، فتطبق بشأنها قواعد الالتصاق السـابق دراستها. وبالنسبة للمصروفات الكمالية التى تنفق لمتعة الحائز الشخصية كتزيين المنزل بالزخارف والكماليات، فليس للحائز أن يطالب المالـك عـنها بشـيء، وله أن ينزعها على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولـى إلا إذا اخـتار المالـك أن يستبقيها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة.

---

(١) يعتبـر الحائـز سيء النية من الوقت الذى يعلم فيه بعيوب سند حيازته، وهو يعتبـر كـذلك من تاريخ رفع الدعوى عليه فى خصوص استحقاق العقار لأن الحكم الذى يصدر فى هذه الدعوى يستند إلى تاريخ رفعها. (نقض ١٩٦٥/٢/٦ س ١٥ ص ٢٠٩؛ نقض ١٩٨١/٤/٧ س ٣٢ ص ١٠٧٣)

إذ كان من المقرر أن الحائز يعتبر سيء النية من الوقت الذى يعلم فيه بعيوب سند حـيازته، وهو يعتبر كذلك من تاريخ إعلانه برفع الدعوى عليه فى خصوص اسـتحقاق العقـار، وحسن النية يفترض دائمًا فى الحائز حتى يقدم الدليل على العكس.

التـزام الحائـز سيء النية برد الثمرات ليس من الحقوق الدورية أو المتجددة التي تسـقط بالـتقادم الخمسي ومن ثم فلا يتقادم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة طبقًا للمادة ٣٧٥ من القانون المدنى التى قننت ما كان مقررًا فى ظل القانون المدنى الملغـى. فـإذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر الطاعنة سيئة النية فى وضع يـدها علـى جزء من "الأملاك العامة" بغير ترخيص ومسئولة بالتالى عن رد الثمـرات ــ وأن التـزامها فى هذا الصدد لا يتقادم إلا بخمس عشرة سنة، فلا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون. (نقض ١٩٦٢/٥/٢٤ س ١٣ ص ٧٠٦)

وإذا تلقى شخص الحيازة من مالك أو حائز سابق وأثبت أنه أدى إلى سلفه ما أنفق من مصروفات كان له أن يطالب بها المسترد. ويجب على الحائز أن يثبت ما دفعه.

ويجوز للقاضي بناء على طلب المالك أن يقرر ما يراه مناسبًا للوفاء بتلك المصروفات، فله أن يقضي بأن يكون الوفاء على أقساط دورية، بشرط تقديم الضمانات اللازمة. وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام إذا هو عجل مبلغًا يوازى قيمة هذه الأقساط مخصومًا منها فوائدها بالسعر القانونى لغاية مواعيد استحقاقها[1].

(هـ) مسئولية الحائز عن الهلاك والتلف:

١-إذا كان الحائز **حسن النية** وانتفع بالشيء وفقًا لما يحسبه من حقه، فلا يكون مسئولاً قبل من هو ملزم برد الشيء إليه عن أى تعويض بسبب هذا الانتفاع.

ولا يكون الحائز مسئولاً عما يصيب الشيء من هلاك أو تلف، إلا بقدر ما عاد عليه من فائدة ترتبت على هذا الهلاك أو التلف.

فالحائز حسن النية له أن يملك ثمار الشيء وينتفع به دون أن يكون مسئولاً قبل مالكه عن نقص قيمته بسبب هذا الانتفاع، فإذا هلك الشيء في يد الحائز حسن النية، فلا يكون مسئولاً عنه مادام أنه كان يستغله وفقا لما يحسبه أنه حق له، ولا يرد للمالك إلا ما عاد عليه من فائدة بسبب هذا الهلاك أو التلف من مبلغ تأمين أو تعويض.

٢- أما إذا كان الحائز **سيء النية** فإنه يكون مسئولاً عن هلاك الشيء أو تلفه، ولو كان ذلك ناشئًا عن حادث مفاجئ، إلا إذا ثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقيًا فى يد مستحقه.

فالحائز سيء النية يسأل عن هلاك الشيء أو تلفه، سواء أكان ذلك بخطئه أو بغير خطئه، لأن الحيازة بسوء نية تعتبر خطأ كافيًا لجعله مسئولاً عن هلاك الشيء. ويمكنه التخلص من المسئولية إذا أثبت أن

---

(١) م ٩٨٠: ٩٨٢ مدنى.

الشـــيء كان يهلك أو يتلف حتى لو بقى فى حيازة مالكه[1]، إلا إذا كان الشـــيء منقولا واختلسه الحائز، فإنه يعتبر سارقا له، ويسأل عن هلاكه فى جميع الحالات.

المطلب الثانى
الحيازة سبب كسب الحق العينى بالتقادم
(التقادم المكسب)

تـــؤدى الحيازة المستمرة خمس عشرة سنة إلى كسب الحق العينى علــى العقار أو المنقول. وإذا اقترنت الحيازة بالسبب الصحيح وحسن النية فإنها تؤدى إلى كسب ملكية المنقول فور قيامها، وتؤدى إلى كسب ملكية العقار بمرور خمس سنوات.

نعـــرض للأحكام العامة للتقادم، ثم نبين التقادم الخمسي، ونتناول قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية.

الفرع الأول
أحكام التقادم المكسب

(أ) مفهوم التقادم المكسب:

"التقادم المكسب Prescription Acquisitive وسيلة يكسب بها الحائـــز ملكـــية شيء أو حقًا عينيًا آخر عليه إذا استمرت حيازته مدة معيـــنة وتمســـك بكسب هذا الحق. أما التقادم المسقط Prescription Extinctive فهو وسيلة لانقضاء الحق إذا سكت صاحبه عن المطالبة بــه أو عـــن اســـتعماله مـــدة معينة وتمسك به من له مصلحة فى هذا الانقضاء".

---

(١) م ٩٨٣، ٩٨٤ مدنى.

مـــن المقـــرر أيضًا فى قضاء هذه المحكمة أن استطراق حيازة الأرض المملوكة للأفـــراد المـــدة اللازمة لكسب ملكيتها بالتقادم الطويل يترتب عليه كسب الدولة لملكيتها بالتقادم. (الطعن ١٠٥٨ لسنة ٥١ق، جلسة ١٩٨٥/١٠/٧)

يسرى التقادم المكسب على العقارات والمنقولات. ولكن لا يجوز اكتساب الحقوق العينية المقيدة بالسجل العينى بالتقادم. وتسرى أحكام التقادم على الأراضى غير الممسوحة والتى مازالت خاضعة للشهر العقارى[1].

(ب) التقادم الطويل والتقادم القصير:

وإن كانت الملكية حقًا دائمًا لا يسقط أبدًا عن المالك، إلا أن من حق الغير كسب هذه الملكية إذا توافرت الحيازة الصحيحة بالشرائط التى استلزمها القانون[2].

يشترط فى التقادم المكسب أن تتوافر لدى الحائز الحيازة بعنصريها حتى تكون حيازة قانونية صحيحة، ومن ثم فإن وضع اليد لا ينهض بمجرده سببًا للتملك ولا يصلح أساسًا للتقادم إلا إذا كان مقرونا بنية التملك وكان مستمرًا هادئًا ظاهرًا غير غامض[3].

وهناك نوعان للتقادم المكسب:

١- تقادم **طويل** يؤدى إلى كسب الحق العينى على العقار أو على المنقول، إذا استمرت حيازة هذا الحق مدة خمس عشرة سنة. فمن حاز منقولاً أو عقارًا دون أن يكون هذا الحق خاصًا به، كان له أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العينى إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة.

التملك بوضع اليد المكسبة للملكية ــ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ــ واقعة مادية متى توافرت شرائطها القانونية تعتبر بذاتها سببًا قانونيًا مستقلاً للتملك يسرى على الكافة مما مقتضاه أن يعنى الحكم باستظهار أركان وضع اليد المؤدى لكسب الملكية بهذا السبب من حيث

---

(١) انظر ما سبق ص ٣٨٠.

(٢) نقض ١٩٧٠/٥/١٢ س ٢١ ص ٨٠٣.

(٣) نقض ٦٩/٦/١٠ س ٢٠ ص ١٠٣.

الظهور والهدوء والاستمرار خمسة عشر عامًا بنية التملك ويبين بما فيه الكفاية الوقائع المؤدية إليه بحيث يبين منه أنه تحراها وتحقق من وجودها إثباتًا ونفيًا(١).

المقرر – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن وضع اليد المدة الطويلة إذا توافرت فيه الشروط القانونية يعد بذاته سببًا لكسب الملكية مستقلاً عن غيره من أسباب اكتسابها، ويعفى واضع اليد الذى يتمسك به من تقديم الدليل على مصدر ملكيته وصحة سندها(٢).

وضع المشترى يده المدة الطويلة المكسبة للملكية سبب يكفى بذاته لكسب الملكية ولا يمنع من قيامه وجود عيب فى سند ملكية البائع له أو كونه سيء النية(٣).

المقرر – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أنه يشترط فى الحيازة المكسبة للملكية بالتقادم الطويل أن يتوفر وضع اليد الفعلى المستوفى لعناصره القانونية من ظهور وهدوء واستمرار بحيث ينفى عنه شبهة النزاع والغموض والإبهام أو مظنة التسامح وأن تقترن هذه الحيازة بنية التملك وأن تستمر معه خمسة عشر سنة(٤).

---

(١) الطعن رقم ١٥٠٠ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩١/٤/١٠.

(٢) الطعن رقم ٢٣٨٤ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٩٠/١١/١٥.

(٣) نقض ٦٧/٧/٦ س ١٨ ص ١٤٦٨.

(٤) الطعن ٥٨ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٠/١/٢٨.

التمسك باكتساب الملكية بالتقادم – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – يتطلب من محكمة الموضوع التحقق من استيفاء الحيازة – بعنصريها المادى والمعنوى – لشروطها القانونية، وهو ما يتعين معه على الحكم المثبت للتملك بهذا السبب أن يعرض لشروط وضع اليد وأن يتثبت من أن الحيازة مقرونة بنية التملك ومستمرة وهادئة وظاهرة، وأن يبين بما فيه الكفاية الوقائع التى تؤدى إلى توافرها بحيث يبين منه أنه تحراها وتحقق من وجودها. (الطعن رقم ٢٥٣٤ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٩٠/٥/٢٩)

=

٢- تقادم قصير: يؤدى إلى كسب الحق العينى، على العقار فقط، إذا اســتمرت حيازة هذا الحق مدة خمس سنوات وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة إلى سبب صحيح(١).

ويشترط فى نوعى التقادم بالإضافة إلى شرط المدة توافر الحيازة القانونية الخالية من العيوب.

(ج) حساب مدة التقادم:

تســرى قــواعد الــتقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بحساب المدة ووقف التقادم وانقطاعه والتمسك به أمام القضاء والتنازل عــنه والاتفاق على تعديل المدة، وذلك بالقدر الذى لا تتعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة التقادم المكسب، ومع مراعاة الأحكام الآتية:

١- أيًا كانت مدة التقادم المكسب فإنه يقف متى وجد سبب الوقف.

٢- يــنقطع التقادم المكسب إذا تخلى الحائز عن الحيازة أو فقدها بفعل الغير.

٣- لا ينقطع التقادم بفقد الحيازة إذا استردها الحائز خلال سنة أو رفع دعوى استردادها فى هذا الميعاد(٢).

متــى كانت المنازعة التى أثارها المالك الأصلى للعقار تجاه حائزه لاحقة لاكتمال مــدة التقادم الطويل المكسبة لملكية الحائز فإنه لا يعتد بها. (نقض ٦٧/٢/٧ س ١٨ ص ٣٠٦)

(١) م ٩٦٨، ٩٦٩ مدنى.

(٢) م م ٩٧٣: ٩٧٥ مدنــى، ونحــيل فى أحكام التقادم المسقط إلى المواد ٣٨٠: ٣٨٨ مدنــى الســابق دراستها بنظرية الالتزام. انظر مؤلفنا فى أحكام الالتزام، بيروت، ٢٠٠٠م.

المقــرر أنــه علــى المحكمة عند بحث النزاع القائم حول التملك بوضع اليد المدة الطــويلة أن تتحــرى توافر الشروط اللازمة لكسب الملكية بهذا الطريق ومنها شــرط المدة. ومن ثم يتعين عليها من تلقاء نفسها أن تبحث ما يعترض فى هذه =

وقضى بأن التقادم المكسب ينقطع بفقد الحيازة إذا استردها الحائز خـــلال سنة أو رفع دعوى باستردادها فى هذا الميعاد، فإن مقتضى هذا النص أن الحكم النهائى بإعادة وضع يد الحائز يزيل عن حيازته شائبة الانقطـــاع فـــتكون رغم ما قد طرأ عليها مستمرة لها كل نتائج الحيازة المستمرة دون انقطاع[١].

(د) آثار التقادم:

١- إذا اكـــتملت شروط التقادم وتمسك به الحائز فإنه يصبح مالكًا للشيء أو صاحب الحق العينى محل الحيازة[٢]. وتكون هذه الملكية بأثر

المـــدة مـــن وقف أو انقطاع وأن تقرر وقف التقادم إذا طالعتها أوراق الدعوى بقـــيام ســـببه إذ إن حصـــول شي من ذلك يحول دون اكتمال مدة التقادم وكان الـــنص فى الفقرة الأولى من المادة ٣٨٢ من القانون المدنى على أن "لا يسرى الـــتقادم كلمـــا وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبـــيًا" يدل وعلى ما ورد بالأعمال التحضيرية للقانون المدنى وجرى به قضاء هـــذه المحكمـــة على أن المشرع نص بصفة عامة على وقف سريان التقادم إن كـــان ثمة مانع يستحيل معه على الدائن أن يطالب بحقه فى الوقت المناسب ولم يـــرد المشـــرع إيـــراد الموانع على سبيل الحصر بل عمم الحكم لتمشيه مع ما يقضـــى بـــه العقـــل، وكما يكون مرجع المانع أسبابًا متعلقة بشخص الدائن فقد يـــرجع إلى اسباب قانونية يتعذر معها عليه المطالبة بحقه، لما كان ذلك وكانت قواعد وقف التقادم تسرى فى شأن التقادم المكسب للملكية عملاً بالمادتين ٩٧٣، ٩٧٤ من القانون المدنى. (الطعنان ٣٠٩٣ لسنة ٥٧ق، ١٢٠ لسنة ٥٨ق، جلسة ١٩٩٠/٦/١٠)

(١) الطعن رقم ١٦١٥ س ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/٥/٢٤.

(٢) واضـــع الـــيد الـــذى يحق له طلب منع بيع العقار. من اكتسب ملكيته بالتقادم الطـــويل أو القصير قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية. تسجيل تنبيه نزع الملكية هو الحد الفاصل بين التصرفات النافذة فى حق الدائنين وتلك التى لا تنفذ فى حقهم. (الطعن رقم ٦٨٠ لسنة ٥٤ق، جلسة ١٩٩٣/٥/١٣)

وضـــع الـــيد المـــدة الطويلة أو القصيرة المكسب للملكية. سبب يكفى بذاته لكسب الملكية متى توافرت شروطه القانونية. عدم صلاحيته ردًا على الدعوى بإبطال =

رجعــى أى منذ بدء الحيازة، ويترتب على ذلك أن الحائز يكسب ثمار الشــيء طوال مدة الحيازة ولو كان سيء النية ويستطيع أن يدافع عن حقــه المكتسب بطريق الدعوى أو الدفع، فإذا رفع عليه المالك الحقيقى للشــيء دعــوى استحقاق أمكنه أن يدفع هذه الدعوى بالتقادم المكسب، وإذا اغتصــب الغيــر حقــه الذى يحوزه أمكنه رفع دعوى الاستحقاق ليسترد هذا الحق.

٢- وتستقر الحقوق العينية التى يكون الحائز قد رتبها على العين قــبل اكتمال فترة التقادم، كالرهن والارتفاق، وتصبح هذه الحقوق نافذة وباتــة كمــا لــو كانت نافذة من المالك الحقيقى. وهذا هو منطق الأثر الرجعى للتقادم.

وتعبر محكمة النقض عن ذلك بقولها: "جرى قضاء هذه المحكمة على أنه إذا كسب الحائز ملكية عين التقادم فإن الملكية تنتقل إليه لا من وقــت اكــتمال الــتقادم فحسب بل تنتقل إليه بأثر رجعى منذ وقت بدء الحيازة التى أدت إلى التقادم فيعتبر مالكا لها طوال مدة التقادم بحيث لو رتــب المالــك الأصلى خلال هذه المدة أو ترتبت ضده خلالها حقوق عينــية فــإن هذه الحقــوق متى اكتملت مدة التقادم لا تسرى فى حق الحائز[1].

العقــد أو محو التسجيل، علة ذلك. (الطعن رقم ١٦٧٦ لسنة ٥٩ق، جلسة ٢٨/ ١٠/١٩٩٣).

(١) الطعن رقم ١٠٢٢ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٨٨/٢/١٠.

وإذ كــان الحكــم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وبعد أن قضى بملكية الطاعن للمنــزل محل النزاع بوضع اليد عليه المدة الطويلة المكسبة للملكية التى بدأت فــى ١٩٣٧/٤/١٢، واكتملت فى سنة ١٩٥٢ عاد وقضى برفض طلبه الخاص بــبطلان الإجــراءات وإلغــاء التسجيلات التى باشرتها مصلحة الضرائب ضد المــدين علــى نفــس المنــزل خلال مدة التقادم لاقتضاء قيمة ضريبة الأرباح الــتجارية المســتحقة عليه عن السنوات من ١٩٤١ إلى ١٩٤٩، فإنه يكون قد =

٣- وتزول التكاليف والحقوق العينية التى يكون المالك الأصلى قد رتــبها على العين أثناء مدة التقادم، أما إن كانت تلك الحقوق والتكاليف قـــد رُتبت على العين قبل بدء التقادم فإنها تظل قائمة بعد تمام التقادم، فالحائز يكسب ملكية الشيء محملاً بهذه الحقوق كالارتفاق والرهن.

٤- الـــتملك بوضـــع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية. لا يتعلق بالـــنظام العام، ومن ثم يجب التمسك به أمام محكمة الموضوع بطريق الطلب الجازم. ولا يجوز أن تتعرض له المحكمة من تلقاء ذاتها(١).

الفرع الثانى
التقادم الخمسى

"إذا وقعـــت الحيازة على عقار أو على حق عينى عقارى وكانت مقتـــرنة بحسن النية ومستندة فى الوقت ذاته إلى سبب صحيح، فإن مدة الـــتقادم المكسب تكون خمس سنوات. ولا يشترط توافر حسن النية إلا وقت تلقى الحق. والسبب الصحيح سند يصدر من شخص لا يكون مالكاً للشيء أو صاحبًا للحق الذى يراد كسبه بالتقادم، ويجب أن يكون مسجلاً طبقاً للقانون"(٢).

خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه بما يوجب نقضه. (نقض ٦٩/٦/٤ س ٢٠ ص ٨٥٨)

(١) الطعن رقم ١٣١٢ لسنة ٦١ق، جلسة ١٩٩٦/٣/١٣.

إقامـــة المشـــترى دعـــوى صحة ونفاذ عقد البيع. عدم اعتباره نزولاً منه عن مدة وضـــع اليد السابقة فى كسب الملكية بالتقادم. علة ذلك. (الطعن رقم ٨٧٧ لسنة ٥٤ق، جلسة ١٩٩٢/١/٢٦)

(٢) م ٩٥٦ مدنى.

الدفـــع باكتســـاب الملكية بالتقادم الخمسى لا يتعلق بالنظام العام وينبغى التمسك به أمـــام محكمـــة الموضـــوع فى عبارة واضحة لا تحتمل الإبهام ولا يغنى عنه =

يتضح من ذلك أنه يجوز اكتساب ملكية العقار بالتقادم الخمسى إذا توافرت الحيازة القانونية الخالية من العيوب مدة خمس سنوات.

(أ) السبب الصحيح : Le Juste Titre

هـــو كل تصرف قانونى يستند إليه واضع اليد فى حيازته للعقار، ويجعـــل وضـــع يـــده علـــيه حلالاً سليمًا من شبهة الغصب فى نظرهِ واعـــتقاده، والمـــراد بكون السبب صحيحًا هو أن يكون بطبيعته ناقلاً للملكية لو أنه صدر من مالك أهل للتصرف[1].

التمســـك بالتقادم الطويل لأن لكل منهما شروطه وأحكامه. (الطعن ١٠٨ لسنة ٥٠ق، جلسة ١٩٨٣/٦/١٦)

(١) الســـبب الصـــحيح هو السند الذى يصدر من شخص لا يكون مالكًا للشيء أو صـــاحبًا للحـــق الـــذى يراد كسبه بالتقادم فإذا كان الثابت أن عقد البيع الصادر للطاعنـــين – إنما صدر من وكيل عن المالك للأطيان المبيعة فإنه لا يتأتى فى هذا المقام الاستناد إلى وجود سبب صحيح وإنما يتعين فى هذا المجال إعمال ما تقضـــى بـــه الأحكام من أن على الوكيل أن يقوم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز الأحكام الخاصة بالنيابة فى التعاقد وبآثار الوكالة فيما تقرره هذه الأحكام من أن علـــى الوكيل أن يقوم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة ومن أنه إذا خـــرج عن حدودها وأبرم عقدًا باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات لا يضاف إلى الأصيل إلا إذا أجاز التصرف. (نقض ١٢/٥/١٩٦٠ س ١١ ص ٣٩١).

فـــإذا كـــان التصرف بيعًا وجب أن يكون البائع فى تصرفه مضيفًا الملك إلى نفسه رغـــم أنه غير مالك، أما إذا صدر البيع منه بصفته نائبًا عن المالك وتبين عدم نيابـــته عنه أو كان نائبًا ولكنه تجاوز حدود الوكالة فإنه لا يتأتى فى هذا المقام الاســـتناد إلى قيام السبب الصحيح وإنما يتعين فى هذا المجال إعمال ما تقضى بـــه الأحكام الخاصة بالنيابة فى التعاقد وبآثار الوكالة. (الطعن رقم ١٦٦٥ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩١/٤/٤)

فـــإذا كـــان البائع للمشترين المتزاحمين بعقودهم واحدًا فلا وجه لتمسك أحدهم فى وجـــه الآخـــرين بتملك المبيع بالتقادم الخمسى. (نقض ٨٢/٦/٣ س ٣٣ ص ٦٢٢).

=

إن الســـبب الصحيح هو كل تصرف قانونى يستند إليه واضع اليد فـــى حيازته للعقار، ويكون من شأنه نقل الملكية لو أنه صدر من مالك أهل للتصرف. مؤدى ذلك أننا بصدد تصرف قانونى صادر من شخص غيـــر مالـــك للشيء أو صاحب للحق الذى يراد كسبه بالتقادم، يتم هذا التصـــرف للحائـــز باعتباره خلفًا خاصًا ويكون من شأنه نقل الملك أو الحـــق لو أنه صدر من المالك أو صاحب الحق[1]. يتضح من ذلك أنه يلزم لتوافر السبب الصحيح عدة شروط:

١- أن يصـــدر التصـــرف القانونى للحائز باعتباره خلفًا خاصًا، كالبـــيع والهبة والوصية بمال معين، والأحكام الناقلة للحق، كحكم رسو المزاد الذى يؤدى إليه نزع ملكية المدين بناء علي طلب دائنيه.

ويتـــرتب علـــى ذلـــك أن الميراث لا يعتبر سببًا صحيحًا[2]، لأن الـــوارث خلـــف عام لمورثه، وليس له سند خاص به، بل العبرة بسند

إذا بـــاع المشتاع جزءًا مفروزًا محددًا فى الملك الشائع فبيعه يصلح لأن يكون سببًا صـــحيحًا يمـــتلك به المشترى ما بيع بوضع اليد عليه خمس سنوات متى توافر لديه حسن النية. (جلسة ١٩٤٢/٤/٢٣ الطعن رقم ٥٨ سنة ١١ق)

(١) والمتصـــرف الـــذى لا يعد مالكًا فى المعنى المقصود بهذا النص هو شخص يكـــون غيـــر مالك للشيء ويستحيل عليه أن ينقل ملكيته إلى من تصرف إليه، وعلـــة ذلك أن التملك بالتقادم القصير المدة إنما شرع لحماية من يتعامل بحسن نـــية مع شخص لا يستطيع أن ينقل إليه الملكية بسبب أنه ليس مالكًا ولا يخوله ســـنده حقًا فى الحصول على الملكية، ومن ثم فإن البائع إذا كان سنده عقدًا غير مســـجل صـــادر له من المالك الحقيقى فإنه لا يكون للمشترى أن يتمسك بتملك المبـــيع بالـــتقادم الخمســـى لأن الـــبائع وإن كان لا يعتبر مالكًا إلا أنه يستطيع الحصـــول علـــى الملكية بتسجيل العقد الصادر له من المالك أو بمطالبة المالك مطالـــبة قضائية بتنفيذ التزامه عينًا بنقل الملكية إليه وتسجيل الحكم الذى يصدر بعد ذلك. (نقض ١٩٦٥/١/٢١ س ١٦ص ٧٣).

(٢) لا يصـــلح الإرث أن يكون سببًا صحيحًا للتملك بالتقادم الخمسى. (جلسة ١٦/ ١٩٥٤/١٢ طعن رقم ٢٧٧ سنة ٢١ق).

المورث. ونفس الحكم بالنسبة للوصية بحصة من التركة لأن الموصى له خلف عام للموصى. وكذلك القسمة لأنها مقررة للحق لا منشئة له[1].

٢- يجب أن يكون التصرف موجودًا قانونا، ومن ثم لا يصلح أن يكون سببًا صحيحًا التصرف الباطل بطلانا مطلقا، والتصرف الصورى، والتصرف الظنى، والتصرف المعلق على شرط واقف، بينما يصلح كسبب صحيح العقد الباطل بطلانا نسبيًا، وكذلك العقد المعلق على شرط فاسخ مدة قيام هذا الشرط.

٣- يجب أن يكون التصرف ناقلاً للملكية، كالبيع والمقايضة والهبة والوفاء بمقابل، ويجب أن يكون مسجلاً حتى يكون من شأنه نقل الملكية[2].

٤- أن يكون التصرف صادرًا من غير مالك أو صاحب للحق العينى محل الحيازة، ويستوى أن يكون المتصرف ليس له حق أصلاً

---

(١) لا يصح اعتبار عقد القسمة سببًا صحيحًا للتملك بالتقادم الخمسى. ذلك أن القسمة وفقًا للمادة ٤٥٧ من القانون المدنى القديم والمادة ٨٤٣ من القانون المدنى الجديد تعتبر مقررة للحق لا منشئة له، ويشترط فى السبب الصحيح أن يكون من شأنه نقل الملك لو أنه صدر من المالك الحقيقى لا تقريره. (جلسة ٢٩/٤/١٩٥٤ طعن رقم ٥٧ سنة ٢١ق).

(٢) يشترط فى التقادم الخمسى أن يستند إلى سبب صحيح ناقل للملك وأن يكون صادرًا من شخص لا يكون مالكًا للشيء أو صاحبًا للحق الذى يراد كسبه بالتقادم، ويجب أن يكون مسجلاً وأن تقع الحيازة على عقار أو على حق عينى عقارى مقترن بحسن النية. (الطعن ١٤١ لسنة ٥٦ق، جلسة ٢٣/١٠/١٩٩١)

ومن ثم فلا تؤدى الحيازة المستندة إلى عقد بيع ابتدائى إلى كسب ملكية العقار الذى وقعت عليه بالتقادم الخمسى. (نقض ٢٣/٣/١٩٧٢ س ٢٣ ص ٥٠٧)

إن العقد غير المشهر لا يصح اعتباره سببًا صحيحًا للتملك بالتقادم الخمسى لما يشترطه القانون فى السبب الصحيح من أن يكون سندًا مسجلاً من شأنه نقل الملكية لو أنه صدر من المالك الحقيقى. (نقض ٣٠/٤/١٩٧٤ س٢٥ ص ٧٨٤).

علـــى العقـــار أو يكون له حق ولكنه زال بأثر رجعى، كما لو أبطل سنده[1] أو فسخ. فالتقادم الخمسى يقتصر هدفه على تغطية العيب الناجم عن عدم ملكية المتصرف.

ولعل أبرز الأمثلة على السبب الصحيح فى الحياة العملية هو عقد البيع الصادر من غير مالك. فإذا حاز المشترى العقار الذى اشتراه من غيـــر مالك بحسن نية مدة خمس سنوات[2]، فإنه يكتسب ملكيته بالتقادم الخمســـى[3]. والواقع أن ذلك الفرض يندر عملاً بسبب اشتراط تسجيل

---

(١) الـــتملك بوضـــع اليد واقعة متى توافرت شرائطها القانونية فإنها ــ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ــ تكفى بذاتها سببًا لكسب الملكية، وليس ما يمنع مدعـــى الـــتملك بهذا السبب من أن يستدل بعقد شرائه غير المسجل على انتقال حيازة العين إليه. ولو كان بهذا العقد عيب أو حكم ببطلانه، لأن مؤدى ذلك أنه قـــد تملك تلك الأعيان بالتقادم المكسب لا بالعقد الباطل. (الطعن ١١٧ لسنة ٥١ ق، جلسة ١٩٨٥/٥/٢٢).

(٢) إذ تقضـــى المادة ١/٣٨٨ من القانون المدنى بأنه لا يجوز الاتفاق على أن يتم الـــتقادم فـــى مـــدة تختلف عن المدة التى عينها القانون، فإنه لا يجوز أن يترك تحديـــد مـــدة الـــتقادم لمشيئة الأفراد، ويحظر كل تعديل اتفاقى فى مدة التقادم المقررة فى القانون. (نقض ١٩٧٠/٢/٣ س ٢١ ص ٢٢٧).

(٣) لمـــا كان مؤدى نص الفقرة الثالثة من المادة ٩٦٩ من القانون المدنى على أن "الســـبب الصحيح سند يصدر من شخص لا يكون مالكًا للشيء أو صاحبًا للحق الـــذى يـــراد كسبه بالتقادم، ويجب أن يكون مسجلاً طبقًا للقانون، فإن بيع ملك الغيـــر يصلح لأن يكون سببًا صحيحًا لكسب ملكية العقار بالتقادم الخمسى متى كـــان هذا البيع مسجلاً، ولا يغير من ذلك أن يكون البائع فيه غاصبًا أو مستندًا فى تصرفه إلى عقد قابل للإبطال أو باطل أو معدوم، لأن المشرع لم يجعل من ســـند الـــبائع ركـــنًا أو شـــرطًا لاعتبار التصرف سببًا صحيحًا للتملك بالتقادم الخمســـى واكتفى بأن يكون التصرف ذاته صادرًا من غير مالك. ومن ثم فإن الحكـــم بإبطـــال ســـند المالك أو بطلانه أو انعدامه لا يستتبع أى أثر على سند الحائـــز ولا يـــنال من صلاحيته لأن يكون سببًا صحيحًا لذلك التملك، لما كان ذلك، وكان مناط سوء النية المانع من اكتساب الملك بالتقادم الخمسى ثبوت علم المتصـــرف إليه وقت تلقى الحق بأن المتصرف غير مالك لما يتصرف فيه، أو =

العقـد لأن مكاتـب الشـهر العقارى لا تقوم بالتسجيل إلا إذا تم تقديم مستندات ملكية المتصرف[1].

(ب) حسن النيـــة:

"يعـد حسن النية من يحوز الحق وهو يجهل أنه يعتدى على حق الغيـر، إلا إذا كـان هذا الجهل ناشئًا عن خطأ جسيم. فإذا كان الحائز شخصًـا معنويًا فالعبرة بنية من يمثله. وحسن النية يُفترض دائمًا ما لم يقم الدليل على العكس".

ثـبوت قـيام أدنى شك لديه فى ذلك، وكان لقاضى الموضوع السلطة التامة فى اسـتخلاص حسـن نـية المتصرف إليه أو سوءها بشرط أن يكون استخلاصًا سـائغًا. لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أن عقد المشـترى الثانى لا يصلح لأن يكون سببًا صحيحًا لإنشائه على تصرف معدوم هو عقد المشترى الأول ــ وهو على ما سلف تبريره غير صحيح قانونا ــ كما أقام قضاءه على أن المشترى الثاني سيء النية واستخلص سوء نيته من النص فى عقده على أن ملكية البائعين آلت إليهما بالعقد الأول المشهر ــ الذى تضمن أنـه صـدر إليهما نتيجة مزاد عام أجرى بتاريخ ١٩٦٨/١٠/١٣ وأن الحراسة العامـة أخطرت جهة الشهر العقارى بأن العقار موضوع التعامل تم الاستيلاء علـيه بأمر من رئيس الجمهورية أبلغ إليها بتاريخ ١٩٦٧/١١/١٩ ــ وهو ما ليس من شأنه أن يؤدى عقلاً إلى هذا الاستخلاص، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطـأ فى تطبيقه وشابه فساد فى الاستدلال بما يوجب نقضه لهذين الوجهين. (الطعون ٣٠٤، ٧٩٢، ٦٥٣ لسنة ٥٥ ق، جلسة ١٩٨٨/٤/٢٦)

السـبب الصـحيح. تصرف قانونى من غير مالك. تلقى المتصرف إليه الحق من مالـك لا يجديه التمسك بهذا السبب. م ٩٦٩مدنى (الطعن رقم ٢١١٧ لسنة ٥٦ ق، جلسة ١٩٩٣/٤/١٥)

(١) السـبب الصـحيح للتملك بالتقادم الخمسى. سند يصدر من شخص غير مالك للشـيء أو الحق الذى يراد كسبه بالتقادم ويجب أن يكون مسجلاً طبقًا للقانون. مـؤداه. عقد البيع غير المسجل لا يصلح سببًا صحيحًا للتملك بالتقادم الخمسى. (الطعن رقم ٢٦٣٥ لسنة ٦٠ق، جلسة ١٩٩٤/١١/٢٠)

"لا تـــزول صفة حسن النية لدى الحائز إلا من الوقت الذى يصبح فيه عالمًا أن حيازته اعتداء على حق الغير. ويزول حسن النية من وقت إعلان الحائز بعيوب حيازته فى صحيفة الدعوى. ويعد سيء النية من اغتصب بالإكراه الحيازة من غيره"[١].

يتضح من ذلك ما يلى:

أولاً: يقصـــد بحســـن النـــية أن الحائز يجهل أنه يعتدى على حق الغيـــر، ويعتقد أن من تصرف إليه هو المالك أو صاحب الحق العينى موضوع التصرف وتعبِّر عن ذلك محكمة النقض بقولها إن حسن النية هـــو اعـــتقاد المتصرف إليه اعتقادًا تامًا وقت التصرف أن المتصرف مالك لما يتصرف فيه فإذا كان هذا الاعتقاد يشوبه أدنى شك امتنع حسن النـــية. فالحائز يكون حسن النية إذا كان يجهل العيب الذى شاب السبب الصحيح[٢].

يقـــوم حسن النية على اعتقاد الحائز نفسه أن من تصرف إليه فى العقـــار هو المالك الحقيقى، ويجب ان يكون هذا الاعتقاد تامًا لا يشوبه شـــك، وعلى ذلك ينتفى حسن النية إذا كان يعلم بأن ملكية العقار محل نزاع أمام القضاء أو يشوب سند المتصرف عيب يؤدى إلى بطلانه أو فسخه. وكذلك الحال إذا كان الحائز لم يتحقق من مستندات ملكية البائع، أو اغتصب العقار من حيازة شخص آخر يدعى أنه صاحب حق عليه.

---

(١) م ٩٦٥، ٩٦٦ مدنى.

(٢) حســـن النـــية الـــذى يقتضيه التملك بالتقادم الخمسى هو اعتقاد المتصرف إليه اعـــتقادًا تامًا حين التصرف أن المتصرف مالك لما يتصرف فيه، فإن كان هذا الاعـــتقاد يشـــوبه أدنى شك امتنع حسن النية، وحسن النية مسألة واقعية يستقل بتقديـــرها قاضى الموضوع. فإذا كان الحكم إذ نفى حسن النية عن المشترى قد اتخـــذ مـــن إهمالـــه تحرى ملكية بائعه قرينة أضافها إلى القرائن الأخرى التى أوردهـــا واستخلص من مجموعها أنه لم يكن حسن النية فلا سبيل عليه لمحكمة النقض.(جلسة ١٩٤٨/١/٢٩ طعن رقم ١٤٨ سنة ١٦ق).

ثانـــيًا: والعبـــرة فى تقدير حسن النية هى بنية الحائز نفسه إلا إذا كان عديم الإرادة فتكون العبرة بنية من يمثله. وإذا كان الحائز شخصًا معنويًا، فالعبرة بنية من يمثله.

ثالثًا: وحسن النية مسألة واقعية يستقل بتقديرها قاضى الموضوع، ولا يكفى للاستفادة من التقادم الخمسى تذرع الحائز بجهله حقيقة الملكية أو أن أحـــدًا لـــم ينبهه إلى ذلك، بل كان واجبه هو البحث والاستقصاء وراء هـــذا البـــيان، وإلا كان تقصيره مما يتعارض مع حسن النية ولا يجوز له أن يفيد من تقصيره[1].

رابعًا: والقاعدة العامة هى أن حسن النية مفترض ما لم يقم الدليل علـــى العكس[2]، وتلك مسألة واقعية يقدرها قاضى الموضوع الذى له مطلـــق الســـلطة فـــى اســـتخلاص سوء النية من نصوص العقد ومن الظروف الملابسة لتحريره[3].

---

(١) مفـــاد نص الفقرة الأولى من المادة ٩٦٥ من القانون المدنى أنه يشترط لحسن النـــية أن يجهـــل الحائز أنه يعتدى على حق الغير ولا يخالجه أى شك فى هذا، كمـــا يجب ألا يرتكب خطأ جسيمًا فى جهله بأنه يعتدى على حق الغير. (نقض ١٩٦٨/١٠/٢٩ س ١٩ ص ١٢٨٧).

(٢) حســـن النية مفترض دائمًا لدى الحائز إلى أن يقوم الدليل على العكس. (نقض ١٩٦٨/٢/١٥، س ١٩ ص ٣٠٤).

(٣) إن قاضـــى الموضـــوع مطلق السلطة فى استخلاص سوء النية من نصوص العقـــد ومـــن الظروف الملابسة لتحريره، ولكن ما يستخلصه من ذلك يخضع لرقابة محكمة النقض من جهة مطابقته للتعريف القانونى لسوء النية. (جلسة ١٩٣٦/١١/٥ طعن رقم ٣٣ سنة ٦ق).

إذا ادعى المشترى أنه تملك العقار بوضع اليد مع حسن النية والسبب الصحيح فلا يحـــتاج إثبات سوء نيته عند الشراء إلى دليل معين، بل هذا جائز بجميع طرق الإثـــبات القانونـــية ومنها القرائن، وقد تكون هذه وحدها كافية فى الإثبات، فإذا كان من يدعى سوء نية المشترى قد ساق القرائن القائمة فى الدعوى الدالة على صـــحة دعـــواه وكانـــت هـــذه القرائن دالة فعلاً على سوء النية فإنه يكون من =

خامسًا: ولا يشترط توافر حسن النية إلا وقت تلقى الحق[1]، فلا يشترط حسن النية عند بدء الحيازة، بل يكفى توافره عند تلقى الملكية بالسبب الصحيح، فإذا اشترى شخص عقارًا من غير مالكه، فيكفى أن يكون حسن النية وقت البيع حتى ولو كان سيء النية وقت التسليم،

القصور أن يكتفى الحكم فى رده على تلك القرائن بمجرد القول بأن ظروف الحالة تدل على أن المشترى حين اشترى كان يعلم أنه يشترى من المالك الحقيقى. (جلسة ١٩٤٥/١/٢٥ طعن رقم ٦٢ سنة ١٥ق)

لقاضى الموضوع سلطة تامة فى استخلاص حسن النية وسوءها من نطاقها فى الدعوى ومما يستشفه من ظروفها وملابساتها متى كان استخلاصه قائمًا على أسباب سائغة وكافية لحمل قضائه. (نقض ١٩٦٩/٢/٤ س ٢٠ ص ٢٣١).

وحسن النية الذى يقتضيه تملك العقار بالتقادم الخمسى. ماهيته. تمسك الطاعن بسبق منازعته للمطعون ضدهما فى وضع يدهما على أطيان النزاع قبل تلقى حقهما عليها بالعقد المسجل وتقديمه الدليل على دفاعه. قضاء الحكم برفض الدعوى تأسيسًا على تملك المطعون ضدهما أطيان النزاع بالتقادم الخمسى دون اطلاعه على مستندات الطاعن وبحثها رغم ما قد يكون لها من دلالة مؤثرة فى الدعوى بشأن ثبوت حسن النية أو سوئها مخالفة للثابت بالأوراق وقصور. (الطعن رقم ١٠٣٤ لسنة ٥٨ق، جلسة ١٩٩٣/٦/١٥)

(١) م ٢/٩٦٩ مدنى.

سوء النية المانع من التملك بالتقادم الخمسى مناطه ثبوت علم المشترى وقت الشراء بأن البائع له غير مالك لما باعه فإذا استدل الحكم المطعون فيه على سوء نية الطاعن (المشترى) بأنه كان على صلة بالمالك الحقيقى فى سنوات لاحقة لتاريخ الشراء فإن استدلاله يكون فاسدًا إذ يجب أن يثبت سوء نية الحائز وقت الشراء حتى يمتنع عليه التملك بالتقادم الخمسى. (نقض ٦٨/٢/١٥ س ١٩ ص ٣٠٤).

من المقرر فى القانون المدنى القديم وقننه المشرع فى المادة ٢/٩٦٩ من القانون المدنى الجديد أن حسن نية المشترى من غير مالك لا يشترط توافره إلا عند تلقى الحق. (نقض ١٩٧٠/٤/٣٠ س ٢١ ص ٧٤٨)

فالعبرة بحسن النية وقت تلقى الحق حتى لو أصبح الشخص سيء النية بعد ذلك.

الفرع الثالث
تملك المنقول بالحيازة

"مــن حاز بسبب صحيح منقولاً أو حقًا عينيًا على منقول أو سندًا لحاملـــه، فإنه يصبح مالكًا له إذا كان حسن النية وقت حيازته. فإذا كان حســن النــية والسبب الصحيح قد توافر لدى الحائز فى اعتباره الشيء خالـيًا مــن التكاليف والقيود العينية، فإنه يكسب الملكية خالصة منها. الحــيازة فى ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك[1].

(أ) مفهوم القاعـــدة:

إن مــن يحــوز المنقول يُفترض أنه مالكه، ويقصد بالحيازة هنا الحيازة القانونية، وقد رأينا أن من يحوز حيازة مادية يُفترض أنه حائز حــيازة قانونــية، فإذا تنازع أشخاص متعددون على حيازة حق واحد، اعتبر بصفة مؤقتة أن الحائز هو من له الحيازة المادية، إلا إذا ظهر أنه قــد حصـــل على هذه الحيازة بطريقة معيبة، أى أن الحيازة دليل على الملكــية مــا لــم يثــبت العكس. ولكن بشرط أن تكون الحيازة حقيقية ومقترنة بنية التملك وخالية من العيوب.

(ب) شروط القاعدة:

ويشـــترط لتطبيق قاعدة أن مجرد حيازة المنقول سند لملكيته En fait de meubles, la possession vaut titre. عدة شروط:

١- أن يكون الشيء منقولاً أو حقًا عينيًا على منقول كرهن حيازة أو سند لحامله وهو منقول غير مادى تجسد فأخذ حكم المنقول المادى. ولا تخضـــع لــتلك القاعــدة المــنقولات غير المادية، كسندات الديون

(١) م ٩٧٦ مدنى، حسن كيره، ص ٤٧٥.

والأوراق التجارية ومجموعات الأموال كالتركات المنقولة والشركة والمحل التجارى[1]، والمنقولات التى تعتبر أموالاً عامة كالآثار، والمنقولات التى يشترط القانون لنقل ملكيتها إجراءات شهر معينة كالسفن والطائرات، والحقوق المعنوية كحق المؤلف والمخترعات والملصقات الفكرية.

---

(١) قارن مع ذلك حكم النقض القاضى بأنه: لئن كان بيع المحل التجارى بمحتوياته ومقوماته بما فى ذلك حق الإيجار يعتبر بيع منقول وتسرى فى شأنه المادة ١/٩٧٦ من القانون المدنى، إلا أن النص فى هذه المادة على أن "من حاز منقولاً أو حقًا عينيًا على منقول أو سندًا لحامله فإنه يصبح مالكًا له إذا كان حسن النية وقت حيازته"، يدل على أنه بتطبيق هذه القاعدة فى المنقول يتعين أن تنتقل حيازة المنقول بسبب صحيح وأن يكون الحائز قد تلقى الحيازة وهو حسن النية من غير مالك إذ التصرف لا ينقل الملكية مادام قد صدر من غير مالك ولكن تنقلها الحيازة فى هذه الحالة وتعتبر سببًا لكسب ملكية المنقول. أما إذا كان التصرف صادرًا من مالك المنقول امتنع تطبيق القاعدة لأن التصرف هو الذى يحكم العلاقة بين المالك والمتصرف إليه ولما كان فى البيع بالمزاد يعتبر المدين فى حكم البائع والراسى عليه المزاد فى حكم المشترى لما كان ذلك وكان البين من أوراق الدعوى أن الراسى عليه المزاد قد تلقى حيازة المنقولات الراسى مزادها عليه من مالك ــ هو المدين مورث الطاعنين ــ فإنه لا يجوز له التمسك بقاعدة الحيازة سند الملكية فى هذا المقام ولا تصلح سندًا لكسب ملكية المنقولات المتنازع عليها ويبقى بعد ذلك البيع كتصرف جبرى هو الذى يحكم علاقة طرفيه لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى صحيحًا إلى بطلان إجراءات البيع ومن مقتضى ذلك عودة الطرفين ــ المدين والراسى عليه المزاد ــ إلى الحالة التى كانا عليها قبل رسو المزاد ــ أى بقاء ملكية المنقولات للمدين وورثته من بعده ــ الطاعنين ــ فإن قضاءه برفض طلب رد المنقولات إلى الطاعنين استنادًا إلى القول بتملك الراسى عليه المزاد هذه المنقولات بالحيازة القائمة على السبب الصحيح وحسن النية يكون قد خالف القانون. (الطعون أرقام ١٧٤٧، ١٧٤٨، ١٧٥٨ لسنة ٥١ق، جلسة ٢٠/٨/١٩٨٣)

٢- أن تكون هناك حيازة متوافرة الشروط، أى حيازة فعلية للمنقول بعنصريها المادى والمعنوى، وأن تكون خالية من العيوب[١]، ولا تكفى الحيازة الحكمية أو الرمزية فى هذا الصدد.

وتطبيقًا لذلك تقرر محكمة النقض بأن الحيازة لا تعتبر سندًا للملك فى المنقول إلا إذا كانت فعلية بنية التملك بريئة من شائبة الغموض واللبس، وهى لا تكون فعلية إلا إذا ترتب عليها وجود الشيء المحوز فى مكنة الحائز وتصرفه، ولا تكون بنية التملك إلا إذا كان الحائز أصيلاً يحوز لنفسه لا لغيره، ولا تكون بريئة من اللبس والغموض إلا حين تخلص ليد واحدة لا تخالطها يد سواها مخالطة تثير الشك فى انفرادها بالتسلط على الشيء والتصرف فيه، وعلى هذا فإن حيازة مفتاح الخزانة هى حيازة رمزية لمنقول غير حاصل فعلاً فى اليد وليست بذاتها دليلاً قاطعًا على حيازة ما هو فى الخزانة[٢].

وتضيف محكمة النقض بأنه: "يشترط فى حيازة المنقول لكى تكون دليلاً على الملكية أن تكون حيازة أصلية وليست عارضة، فإذا ثبت أنها كانت باسم أو لحساب شخص آخر غير الحائز أو بالوساطة

(١) الحيازة التى يعتد بها فى اكتساب الملكية بالتقادم الخمسى هى الحيازة التى تجتمع مع السبب الصحيح وتستمر إلى خمس سنوات، فإن بدأت الحيازة قبل قيام السبب الصحيح يلحقها عيب ما، فإن التمسك بهذا العيب الذى اعترى الحيازة فى تاريخ سابق على قيام هذا السبب لا يكون منتجًا ولا مجديًا طالما كان المعول عليه فى نطاق التقادم الخمسى هى الحيازة منذ أن تجتمع بالتصرف المسجل الصادر من غير المالك فيكون عندئذ هو سببها الصحيح الذى يركن إليه الحائز فى حيازته ويتمكن بمقتضاه من التملك إن اقترنت حيازته بحسن النية وقت تلقى الحق(نقض ١٩٨٧/١١/٢٦ طعن ٢٢٤ س ٥٤ق).

(٢) نقض ١٩٤٧/١/٣٠ طعن ١٠٧ س ١٥ق.

عنه فإنها لا تصلح قرينة على ملكية الحائز حتى يقيم هو الدليل على أن صفة حيازته قد تغيرت إلى حيازة أصيلة[1].

٣- أن تكــون الحيازة مقترنة بحسن النية، وحسن النية مفترض كمــا هى القاعدة، ومفهوم حسن النية هنا هو كما تعرضنا له فى التقادم الخمسى جهل الحائز بأنه يعتدى على حق الغير. ويجب أن يتوافر حسن النية وقت بدء حيازة المنقول[2].

---

(١) لما كان ذلك وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن دفاع الطاعن أمام محكمــة الموضــوع قام على أنه استورد السيارة محل النزاع ولما تعذر عليه الإفــراج علــيها من مصلحة الجمارك بدون إذن استيراد اتفق مع الشركة على القــول بأنهــا وردت لحسابها وبناء على ذلك وقع الطاعن على أوراق الإفراج عنها بصفته مندوبًا عن هذه الشركة وسددت الرسوم الجمركية المستحقة عليها، وأقــر ممثلها فى تحقيقات النيابة بأن ذلك تم بقصد تسهيل الإفراج عن السيارة ممــا مفــاده أن حــيازة السيارة لم تكن لحسابها وإنما لحساب الطاعن فى حين ادعــت الشــركة أنه حين تعذر الإفراج عن السيارة اشترتها من الطاعن بمبلغ سبعة آلاف جنيه واستدلت على ذلك بتوقيع الطاعن على مستندات الشحن وعلى أوراق الجمــارك بصفته مندوبًا عنها، وكان الحكم المطعون فيه قد رفض الدفع المــبدى مــن الطاعن بعدم جواز إثبات ذلك البيع إلا بالكتابة وأقام قضاءه على مجــرد اعتبار حيازة الشركة للسيارة قرينة على وجود التصرف القانونى الناقل للملكية دون أن تقيم الشركة الدليل على ذلك البيع واعتمد على البيان الجمركى الذى تضمن أن الطاعن استورد السيارة بصفته مندوبًا عن الشركة فى حين أن ممثلها أقر فى تحقيقات النيابة بمخالفة هذا البيان للحقيقة فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وشابه قصور فى التسبيب بما يوجب نقضه. (الطعن ٩٧٢ لسنة ٥٤ق، جلسة ١٩٨٨/٤/٢٦).

(٢) إذا كــان الحكــم قــد نفى حسن النية عن الراسى عليه المزاد فى بيع الأشياء المحجــوز علــيها فإن التحدى بحكم المادة ٩٧٦ من القانون المدنى لا يكون له محل. (الطعن ١٧٢ لسنة ٢٣، نقض ١٩٥٧/٥/٢٣ س ٨ ص ٥٢٠)

اســتخلاص حسن النية وسوء النية فى وضع اليد من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع.(الطعن رقم ١٨٦٨ س ٥٢ جلسة ١٩٨٦/٢/٩.

٤- أن تستند الحيازة إلى سبب صحيح، والسبب الصحيح مفترض هـنا بخلاف السبب الصحيح فى التقادم، فمجرد الحيازة يفترض معها حسن النية والسبب الصحيح، حتى يقوم الدليل العكسى[١].

والسبب الصحيح هنا هو نفس معنى السبب الصحيح فى التقادم أى هو التصرف القانونى الناقل للملكية الصادر من غير مالك، والذى كان يصلح لنقلها لو أنه صدر من المالك. إلا أن السبب الصحيح فى التقادم الخمسـى يجـب إثـباته من الحائز الذى يتمسك به، أما فى حالة تملك المـنقول بالحيازة فإن السبب الصحيح مفترض وجوده لدى الحائز ولا يكلف بإثباته، وعلى المالك الحقيقى الذى ينازع الحائز إثبات عدم وجود السبب أو عدم صلاحيته لإنتاج آثاره القانونية.

(ج) آثار القاعـــدة:

فـإذا توافرت الشروط المتقدمة فإنه يترتب على حيازة المنقول — دون اشتراط أى مدة — أثران:

١- أثر مكسب، أى أن الحائز يكسب ملكية المنقول بمجرد حيازته دون اشتراط مدة زمنية معينة[٢].

---

(١) ثـبوت حيازة المال المودع يستفاد منه وجود السبب الصحيح، وحسن النية إلا إذا ثـبت مـا يخالف ذلك، وإذن فمتى كانت المطعون عليها الأولى قد تمسكت بقـرينة الحـيازة الدالـة على ملكية القاصرين للمال المودع فى حسابهما بأحد البنوك فإن عبء إثبات ما يخالف هذه القرينة يقع على عاتق من يدعى العكس. ولا يغيـر من هذا الحكم ذكر المودع باسمه المال أن سبب تملكه لهذا المال هو الهبة. (جلسة ١٩٥٣/١١/٢٦ طعن رقم ١٣٠ سنة ٢٠ق)

(٢) المقرر بحكم المادتين ٢٠٤، ٩٣٢ من القانون المدنى أن ملكية المنقول المعين بذاته تنتقل إلى المشترك بمجرد التعاقد ودون توقف على تسليمه إليه، مما مؤداه وعلى نحو ما ورد بالمذكرة الإيضاحية للمادة ٩٣٢ أنه إذا قام بائع هذا المنقول بعـد ذلـك ببيعه مرة أخرى إلى مشتر ثان فإن الملكية تبقى مع هذا للمشترى الأول إلا أن يكـون البائع قد قام بتسليم المنقول إلى المشترى الثانى، وكان هذا الأخيـر حسن النية، ولا يعلم بسبق التصرف فى المنقول إلى المشترى الأول، فإن الملكية تنتقل فى هذه الحالة إلى المشترى الثانى لا عن طريق العقد بل عن =

٢- أثـر مسقط، وهو أن تزول التكاليف والقيود العينية التى تثقل المـنقول، فلو وضع الحائز يده على منقول، وهو مرهون رهن حيازة، ملكـه فى الحال خالصًا من الرهن، ولكن يشترط لذلك حسن نية الحائز أى عـدم علمـه بوجود تكليف على المنقول، فإذا تلقى الحائز المنقول معـتقدًا أنـه خاليًا من التكاليف كحق انتفاع أو استعمال أو رهن، فإنه يكسب ملكيته خالصة من هذه التكاليف(١).

(د) الاستثناء على القاعدة:

يـرد على هذه القاعدة استثناء فى حالة ضياع المنقول أو سرقته، حـيث يجـوز لمالك المنقول أو السند لحامله إذا فقده أو سرق منه، أن يسـترده ممـن يكون حائزًا له بحسن نية وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة. فإذا كان من يوجد الشيء المسروق أو الضائع فى حيازته قد اشتراه بحسن نية فى سوق أو مزاد علنى أو اشتراه ممن يتجـر فـى مثله، فإن له أن يطلب ممن يسترد هذا الشيء أن يعجل له الثمن الذى دفعه" (٢).

طـريق الحيازة وهى فى المنقول سند ملكية الحائز، لما كان ذلك، وكان الثابت بالعقـد موضوع التداعى أن المطعون عليه الثانى باع المنقولات المبينة به إلى المطعـون علـيه الأول على أن يتم تسليمها إليه عند دفع باقى الثمن فى موعد غايـته ١٩٧٦/٤/١، وكان الثابت بالعقد الصادر من المطعون عليه الثانى ذاته إلـى الطاعـنة بتاريخ ١٩٧٦/١/٢٨ أنه باع إليها المنقولات عينها وأقر بقبض ثمـنها وقـام بتسـليمها إلـيها، وإذا خلت الأوراق مما يدل على علم الطاعنة بالتصـرف السابق الحاصل للمطعون عليه الأول، فإنها تكون قد اكتسبت ملكية هذه المنقولات عن طريق الحيازة المقترنة بحسن النية. (نقض ١٩٨٠/٤/١٢س ٣١ ص ١٠٩٣).

(١) الحـيازة فى المنقول سند الملكية. المشترى حسن النية يملك المنقول بالحيازة. حـق الامتياز. لا يحتج به على من حاز منقولاً بحسن نية. م ١/١١٢٣ مدنى. (الطعن ١٨٣٤ لسنة ٥٤ق، جلسة ١٩٩٠/٥/٢١).

(٢) م ٩٧٧ مدنى.

ويشترط لتطبيق ذلك الحكم عدة شروط:

أولاً: أن نكون بصدد منقول مسروق أو ضائع.

ثانيًا: أن يوجد المنقول فى يد حائز له بحسن نية وسبب صحيح.

ثالثًا: رفع دعوى الاسترداد خلال ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع.

وإذا توافرت تلك الشروط كان من حق المالك أن يسترد المنقول من أى شخص يحوزه بحسن نية وسبب صحيح، سواء أكان الحائز قد تلقاه من السارق أو ممن عثر عليه أو من شخص آخر تعامل معهما. ويكون من حق الحائز الرجوع على من تصرف إليه طبقًا للقواعد العامة.

وللحائز الحق فى استرداد الثمن من المالك فى حالتين:

١- إذا كان قد اشترى الشيء المسروق أو الضائع بحسن نية[١] من سوق أو مزاد علنى.

---

(١) إن حق حائز الشيء المسروق فى أن يطلب ممن يسترده منه أن يعجل له الثمن الذى دفعه رهين بأن يكون هذا الحائز حسن النية، وأن مناط اعتباره كذلك أن يجهل أنه يعتدى بحيازته على حق الغير، والا يكون جهله هذا ناشئا عن خطأ جسيم، وإلا وجب اعتباره سيء النية وامتنع عليه حق المطالبة بتعجيل ما يكون قد دفعه من ثمن. (الطعن ٥٦١ لسنة ٥٣ق ، جلسة ١٢/١٩/ ١٩٨٦).

مؤدى نص المادتين ١٠١، ١٠٢ من قانون الإجراءات الجنائية أن الأشياء التى تضبط أثناء تحقيق الدعاوى الجنائية ولم تكن حيازتها فى ذاتها جريمة ترد إلى من كانت فى حيازته وقت ضبطها سواء كانت هذه الحيازة أصلية بنية التملك أو حيازة مادية لحساب الغير إلا إذا كانت هذه المضبوطات من الأشياء التى وقعت عليها الجريمة أو المتحصلة منها، فإنها ترد إلى من فقد حيازتها بالجريمة، يؤيد هذا النظر ما تقضى به المادة ١٠٤ من قانون الإجراءات الجنائية من أن الأمر برد المضبوطات إلى من ضبطت معه لا يمنع أولى الشأن من المطالبة بحقوقهم أمام المحاكم المدنية. (نقض ١٩٧٥/٣/١١ س ٢٦ ص ٥٤٥)

٢- إذا كان قد اشتراه ممن يتجر فى مثله[١].

فى هاتين الحالتين يكون للحائز أن يحبس المنقول تحت يده إلى أن يسترد الثمن الذى دفعه.

ويكـــون للمالك الرجوع بالثمن الذى دفعه للحائز، على السارق أو مـــن عثر على المنقول أو الحائز الذى تلقى من أيهما المنقول بسوء نية طبقاً لقواعد المسئولية التقصيرية، ولكن لا يجوز للمالك الرجوع بالثمن الذى دفعه على حائز سابق حسن النية.

---

(١) يشـــترط القانون فى الشخص الذى يتجر فى مثل الشيء المسروق أو الصانع فـــى معنى الفقرة الثانية من المادة ٩٧٧ من القانون المدنى، أن يتجر فيه حقيقة ولا يكفى أن يظهر البائع بمظهر التاجر أو يعتقد المشترى أنه يتعامل مع تاجر. (جلسة ١١/١/١٩٥٥ طعن رقم ١٠٣٠ سنة ٢٤ق).

الفصل السابع
الشـــفعة

(أ) تعـــــريف:

الشفعة، كسبب من أسباب كسب الملكية، هى حق تملك العين المبيعة من مشتريها بما تم دفعه من ثمن ومصروفات، فالقانون يعطى الشفيع الحق فى تملك العين المبيعة إلى شخص آخر بنفس شروط البيع، أى أن الشفيع يحل محل المشترى فى الصفقة.

وتكمـــن الحكمـــة مـــن تقرير الشفعة فى الرغبة فى دفع الضرر المـــتوقع للشـــفيع بســـبب جيرة أو مشاركة شخص آخر له فى عقاره. فالمشـــرع مـــثلاً قرر الشفعة بين الشركاء لدفع الضرر عنهم، فالشركة غالـــبا ما تكون منشأ الضرر، ومن ثم فإذا أراد الشريك بيع نصيبه كان شـــريكه أحق به من الأجنبى، حيث يقوم بدفع العوض ويحل محله فى البيع، ويزول عنه بذلك ضرر الشركة ويتفادى مشاركته لشخص غريب لا تؤمن عواقبه، ولا يتضرر البائع لأنه يصل إلى حقه من الثمن.

وللشفعة أيضًا فائدة اقتصادية حيث تؤدى إلى تجميع ما تفرق من حق الملكية، كضم حق الانتفاع أو الحكر أو إنهاء الشيوع[1].

والشفعة نظام مأخوذ عن الشريعة الإسلامية، وقد نظمها القانون مستمدًا غالبية أحكامها من تلك الشريعة، ويترتب على ذلك أنه ينبغى

---

(1) وقـــد تطـــورت الشفعة فى العصر الحديث، حيث أصبحت فى كثير من الدول، وسيلة فعالة فى يد الدولة لتحقيق أغراض تتعلق بالمصلحة العامة، مثل محاربة التهـــرب الضـــريبي، حـــيث يكـــون للدولة أولوية شراء العقار المبيع بالسعر الصـــورى المذكور فى العقد. وللدولة أولوية شراء الأشياء ذات الطابع الأثرى أو التاريخى حفاظًا على تراث الأمة. وللدولة أولوية شراء بعض أراضى البناء لمحاربة المضاربات العقارية وتوفير المساكن لذوى الدخل المحدود. وللمستأجر أولوية شراء المسكن أو الأرض الزراعية محل الإيجار. انظر فى تفصيل ذلك رسالتنا بالفرنسية حول الشفعة فى فرنسا وفى البلاد العربية عام ١٩٨٠.

على القاضى عند تفسيره لتلك الأحكام أو عند وجود نقص فيها، أن يرجع إلى فقه الشريعة الإسلامية بوصفها المصدر المادى للشفعة.

وتعتبـــر الشـــفعة مصـــدرًا مـــن مصادر الحقوق العينية الأصلية العقاريـــة، فهى سبب لاكتساب الملكية والانتفاع والحكر، ولكن الشفعة تعتبـــر ، فى ذات الوقت، بمثابة قيد على حرية التصرف وحرية التعاقد لأنها تؤدى إلى تمليك العقار المبيع للشفيع جبرًا عن المشترى[١].

(ب) طبيعة الشفعة:

اختلف فقهاء القانون حول تحديد طبيعة الشفعة:

ذهـــب البعض إلى أن الشفعة حق عينى يخول الشفيع حقًا مباشرًا يسرى بالنسبة للكافة، وأساسه هو الحق العينى لملكية العقار الشافع الذى يخول مالك هذا العقار حقًا على العقار المشفوع فيه.

وذهب البعض إلى أن الشفعة حق شخصى يمنح لاعتبارات تتعلق بشـــخص الشفيع وظروفه الخاصة، ولا يمكن استعماله لمصلحة شخص آخر أو النزول عنه للغير.

وذهب رأى وسط إلى أن الشفعة حق ذو طبيعة مختلطة، يرد على عقار، ليكون عينيًا، ويتقرر لاعتبارات شخصية ليكون شخصيًا.

وذهـــب اتجاه آخر إلى القول بأن الشفعة ليست حقًا عينيًا ولا حقًا شخصـــيًا، بل هى واقعة مادية تعتبر سببًا لكسب الملكية، كالميراث أو الالتصاق أو الحيازة، وكلها أسباب لكسب الحق.

"فالشفعة واقعة مركبة يقترن فيها الشيوع وهو واقعة مادية، ببيع العقار المشفوع فيه وهذه بالنسبة إلى الشفيع واقعة مادية أخرى، بإعلان الشفيع إرادته فى الأخذ بالشفعة وهذا تصرف قانونى من جانب واحد.

---

(١) وطـــبقًا للمـــادة ٩٣٥ مدنـــى الشفعة رخصة تجيز فى بيع العقار الحلول محل المشترى فى الأحوال وبالشروط المنصوص عليها فى القانون.

فهذه الوقائع المتسلسلة المركبة الغلبة فيها للواقعة المادية لا للتصرف القانونى، ومن ثم يمكن إدخال الشفعة فى نطاق الواقعة المادية[1].

فمـــن كان شريكًا مشتاعًا فى عقار وبيعت حصة فى هذا العقار، تهــيأ لـــه بذلك مركز قانونى يستطيع به أن يشفع بإرادته المنفردة فى الحصـــة الشـــائعة، أى أن للشفيع رخصة فى أن يتملك العقار المشفوع (وهذا ما ذهب إليه البعض بأن الشفعة مجرد رخصة أى خيار ومشيئة للشـــفيع وليست حقًا)، وهذه الرخصة تخول للشفيع الحق فى أن يتملك العقـــار المشفوع فيه بإرادته المنفردة، وذلك بأن يعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة.

فالشـــفعة لا تكون سببًا لكسب الملكية إلا بقيام مركز قانونى معين تتهيأ أسبابه باجتماع وقائع مادية معينة، فيكون للشفيع ليس حق الملك، بل الحق فى أن يتملك، فإذا أعلن إرادته فى الأخذ بالشفعة، وهذه إرادة منفـــردة إلـــى تصرف قانونى صادر من جانب واحد، تكاملت عناصر الشـــفعة باعتـــبارها سببًا من أسباب كسب الملكية فيتملك الشفيع العقار المشفوع فيه، ويتحول حقه فى أن يتملك هذا العقار إلى حقه فى ملكيته، وذلك عن طريق حلوله محل المشترى".

خطة الدراسة:

تنقسم دراستنا للشفعة إلى عدة مباحث:

المبحث الأول: أسباب الشفعة.

المبحث الثانى: التصرف موضوع الشفعة.

المبحث الثالث: إجراءات الشفعة.

المبحث الرابع: سقوط الحق فى الشفعة.

المبحث الخامس: آثار الشفعة.

---

(١) حسن كيره، ص ٥١٣.

المبحث الأول
أسباب الشفعة

نعرض فى هذا المبحث للأشخاص الذين يحق لهم الأخذ بالشفعة ثم نستعرض الشروط العامة التى يلزم توافرها فيهم لممارسة ذلك الحق، ونبين كيفية التفضيل بينهم عند تزاحمهم.

المطلب الأول
الشفعـــــاء

"يثبت الحق فى الشفعة:

(أ) لمالك الرقبة إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه.

(ب) للشـــريك فـــى الشـــيوع إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبى.

(ج) لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت كل الرقبة الملابسة لهذا الحق أو بعضها.

(د) لمالك الرقبة فى الحكر إذا بيع حق الحكر، وللمستحكر إذا بيعت الرقبة.

(هـ) للجار المالك فى الأحوال الآتية:

١- إذا كانت العقارات من المبانى أو من الأراضى المعدة للبناء سواء أكانت فى المدن أم فى القرى.

٢- إذا كانـــت للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار، أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة.

٣- إذا كانـــت أرض الجـــار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل[١].

ونعرض لهؤلاء الشفعاء على التوالى.

الفرع الأول

شفعة مالك الرقبة فى حق الانتفاع

تثـــبت الشفعة لمالك الرقبة إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضـــها. تـــؤدى الشـــفعة فى هذا الفرض إلى كسب حق الانتفاع[٢]، وتتحقق بذلك الملكية التامة للشفيع بعد أن كان مالكًا للرقبة فقط، ويترتب على ذلك تجميع عناصر الملكية وتجتمع للمالك سلطاته على الشيء.

وتثـــبت الشفعة فى كل حق الانتفاع أو بعضه، أى أن مالك الرقبة لـــه أن يطلـــب الشـــفعة إذا كان حق الانتفاع لعدة شركاء وباع أحدهم حصته الشائعة، ولو كان البيع لأحد الشركاء الآخرين[٣].

---

(١) م ٩٣٦ مدنى.

(٢) مفـــاد النص فى المادة ١/٩٨٥ من القانون المدنى أن حق الانتفاع يمكن كسبه بالشـــفعة فـــى حالة بيعه استقلالاً دون الرقبة الملابسة له إذا ما توافرت شروط الأخذ بالشفعة. (الطعن رقم ١٦٤٤ س ٥١ق جلسة ١٩٨٥/٤/٩).

(٣) مفاد نص المادتين ٩٣٦، ٩٣٧ من القانون المدنى أن المشرع قرر حق الشفعة لمالـــك الرقبة ـــ فى بيع حق الانتفاع لحكمة توخاها فى جمع شتات الملكية برد حـــق الانتفاع إلى مالك الرقبة إذ بدون هذا النص الصريح ما كان لمالك الرقبة أن يشـــفع فـــى بـــيع حق الانتفاع إذ هو ليس شريكًا مشتاعًا ولا جارًا مالكًا ـــ وتحقـــيقا لـــذات الحكمة فقد فضل المشرع مالك الرقبة على سائر الشفعاء عند مزاحمتهم له فى الشفعة فى بيع حق الانتفاع الملابس للرقبة التى يملكها. (نقض ١٩٧٩/١٢/١٣ س ٣٠ ع٣ ص ٢٦١).

وتثبت الشفعة لمالك الرقبة كذلك إذا بيع حق الاستعمال أو حق السكنى، وذلك فى الأحوال التى يجوز فيها البيع[1].

الفرع الثانى

شفعة الشريك فى الشيوع

يثبت الحق فى الشفعة للشريك على الشيوع إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبى. ويشترط للأخذ بالشفعة فى هذه الحالة عدة شروط:

١- يجب أن يكون الشفيع شريكًا على الشيوع فى العقار الذى بيعت حصة منه[2]. وتثبت صفة الشريك على الشيوع للشريك فى أصل العين ذاتها. أما الشريك فى الجدار الفاصل بين ملكه وبين العين المبيعة فلا يعد شريكًا فى العقار المبيع، ولا تثبت له الشفعة بوصفه شريكًا.

---

(١) م ٩٩٧ مدنى، وذلك تطبيقًا للمادة ٩٩٨ التى تقضى بأنه فيما عدا الأحكام المتقدمة تسرى الأحكام الخاصة بحق الانتفاع على حق الاستعمال وحق السكنى متى كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين..

(٢) الشريك فى معنى المادة ٩٣٦/ب من القانون المدنى هو المالك على الشيوع. وإذ كان أثر التسجيل فى نقل الملكية لا يترتب إلا من تاريخ حصوله دون أن يرتد إلى تاريخ سابق عليه، فإن المشترى لا يكون مالكًا إلا بتسجيل عقده. وإذ كان الحكم المطعون فيه لم يعتبر الطاعنة شريكة على الشيوع فى العقار المشفوع فيه، استنادًا إلى أن تسجيل الحكم بصحة العقد الصادر إليها لاحق لعقد البيع الذى تولدت عنه الشفعة، فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون.(نقض ١٩٧٥/١١/٢٧، س ٢٦ ص١٥١٥؛ طعن ١٨٣٧ س ٦٠ق جلسة ١٩٩٥/٣/٢٩).

إذا قضت المحكمة بالشفعة وأثبتت فى صدد سببها أن الشيوع لا يتناول جميع القطع، ولم تتحدث عن مؤدى ما أثبتته من أن بعض الأرض المشفوع فيها شائع والبعض غير شائع وعن أثر ذلك فى حق الشفيع والمشفوع ضده، فإن حكمها يكون مشوبًا بالقصور. (جلسة ١٩٤٢/٦/١٨ طعن رقم ١١ سنة ١٢ق)

وكـــذلك الحـــال بالنســـبة للشريك فى مجرى[1] أو مصرف أو فناء أو طريق مشترك بين عقارين: هنا لا تجوز الشفعة استنادًا إلى الشركة فى الشـــيوع، ولكـــن الشفعة هنا قد تجوز على أساس آخر هو الجوار إذا توافرت شروطها.

٢- يجـــب أن يكـــون الشفيع شريكًا على الشيوع وقت البيع، فلا تثبت الشفعة بعد تقسيم العين واختصاص كل شريك بجزء مفرز. أى أن الشفعة تثبت للشريك على الشيوع وقت تمام البيع، أما الشريك المتقاسم فليس له الحق فى الشفعة فى الحصة المفرزة[2].

٣- يجب أن يكون البيع قد تم لأجنبى، أما إذا باع أحد الشركاء حصته إلى شريك آخر، فلا يجوز لأى من الشركاء الآخرين طلب الشفعة.

---

(١) متى كان المشترى لا يعدو أن يكون شريكًا على الشيوع فى مجرى معد للرى يشـــق الأطيان المبيعة موضوع الشفعة فإن هذا الوضع لا يصح أن يوصف به المشـــترى بأنـــه شريك على الشيوع فى جميع العقار المبيع يرفعه إلى مصاف الشـــريك علـــى الشـــيوع الذى له حق أخذ العقار المبيع بالشفعة وإن كانت تلك المجـــرى هى جزء ضئيل من بعض المبيع. (نقض ١٩٥٦/١٢/٢٠ س ٧ ص ١٠١٦).

(٢) إن عـــدم تســـجيل عقـــد القسمة لا يمنع غير المتقاسمين من التمسك بحصول القســـمة وخروج أحد الشركاء بمقتضاها من الشيوع واستقلاله بجزء من العقار وفقدانـــه تـــبعًا لذلك حق طلب الشفعة. وذلك لأن التسجيل هنا إنما شرع لفائدة الغيـــر صـــونًا لحقوقهم فعدم حصوله لا يصح أن يعود بضرر عليهم ولا بنفع على من لم يقم به. (جلسة ١٩٤٢/١/٢٩ طعن رقم ٣٤ سنة ١١ ق)

قســـمة مـــنفعة وحـــدات العقار قسمة مهايأة مكانية مع بقاء الشيوع قائمًا فى ملكية الأرض والأجـــزاء المشتركة والمستحدثة. لا يترتب عليه تحول القسمة المكانية إلـــى قســـمة نهائـــية أو زوال حال الشيوع. أثره. للشريك طلب الأخذ بالشفعة بوصـــفه شـــريكًا على الشيوع فى هذا العقار ولو استمرت القسمة خمس عشرة سنة. (الطعن رقم ٥٤٣٤ لسنة ٦٣ق، جلسة ١٩٩٤/١٠/١٩).

٤- تثبت الشفعة عند بيع الشريك لحصة شائعة، ويستوى فى ذلك الشريك فى الملكية الكاملة للعين، وكذلك الشريك فى ملكية الرقبة، والشريك فى حق الانتفاع.

٥- تثبت الشفعة للشريك فى حالة بيع حصة شائعة فى العين. ولكن هل تثبت الشفعة فى حالة بيع حصة مفرزة من المال الشائع؟

ذهب اتجاه إلى عدم جواز الأخذ بالشفعة إذا قام أحد الشركاء ببيع حصته مفرزة قبل القسمة لأن مثل هذا البيع يكون غير نافذ فى حق الشركاء، ولا يعتبر المشترى مالكًا على الشيوع مع شركاء من باع له، ومن ثم لا تتحقق الحكمة من إعمال الشفعة.

وذهب اتجاه آخر إلى جواز الشفعة فى هذا البيع لأنه يكون صحيحًا كتصرف فى حصة شائعة تعادل قدر الجزء المتصرف فيه، حقًا إن هذا التصرف لا ينفذ فى مواجهة الشركاء انتظارًا لنتيجة القسمة، فإذا تمت القسمة ولم يقع الجزء المفرز فى نصيب البائع انتقل حق المشترى من وقت البيع إلى الجزء الذى آل إلى البائع بطريق القسمة. والقول بعدم الأخذ بالشفعة فى هذا الفرض من شأنه فتح باب الغش والتحايل لمنع الأخذ بالشفعة.

وتبنت محكمة النقض هذا الاتجاه وقضت بأن المالك على الشيوع له الحق فى بيع ملكه محددًا ومفرزًا ويقع البيع صحيحًا وإن كانت حالة التحديد هذه تظل معلقة على نتيجة القسمة أو إجازة الشركاء فى الشيوع. ومتى كان هذا البيع صحيحًا وصدر لأجنبى وكان الإفراز الذى تحدد به محل البيع لا يحاج به سائر الشركاء فى الشيوع طالما لم تتم القسمة مما يعتبر هذا التصرف بالنسبة لهم فى حكم التصرف فى قدر شائع فإنه ينبنى على هذا أن يثبت لهم حق الأخذ بالشفعة[1].

---

(١) نقض ١/٥/١٩٨٠س٣١ ص ١٢٨٣؛ طعن ٩٢٣ س ٥٩ق جلسة ١٩/١/١٩٩٤.

الفرع الثالث
شفعة المنتفع فى ملكية الرقبة

تثـبت الشفعة لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت كل الرقبة الملابسة لهـذا الحق أو بعضها. وتثبت الشفعة كذلك بنفس الشروط لصاحب حق الاستعمال وحق السكنى.

ولا تثور صعوبة إذا كانت الرقبة لشخص والانتفاع لآخر، وبيعت الرقبة، هنا يكون لصاحب حق الانتفاع شرائها بالشفعة.

وإذا بـيعت الرقبة كلها وكان حق الانتفاع شائعًا بين عدة شركاء هنا يجوز لهم جميعًا أن يشفعوا فى الرقبة كل منهم بقدر نصيبه.

النص فى المادة ٥/٩٢٦ مدنى على أن: "يثبت الحق فى الشفعة للشريك فى الشيوع إذا بـيع شـيء من العقار الشائع إلى أجنبى". يدل ـ وعلى ما جرى به قضاء هـذه المحكمـة ـ أن للشريك فى الشيوع حق الأخذ بالشفعة إذا بيع شيء من العقـار الشـائع إلـى أجنبى سواء كان هذا الشيء المبيع حصة شائعة أم قدرًا مفرزًا فى العقار الشائع إذ المناط فى ذلك هو قيام حالة الشيوع فى العقار الذى بـيع قـدر منه دون اعتداد لما إذا كان هذا القدر مفرزًا أو شائعًا. (الطعن رقم ٢٦٤ س ٥١ق جلسة ١٩٨٥/٢/٢٦)

جـرى قضـاء محكمة النقض على أن من تلقى حصة مفرزة من شريك مشتاع لا يسـتطيع إذا مـا طلب الشفعة أن يجابه المشفوع منه إلا بسنده وفى حدوده أى باعتـباره مالكـا ملكـية مفـرزة. ومن ثم لا يون له أن يشفع إلا بصفته جارًا ملاصقًا. وأن كل ادعاء منه على خلاف مقتضى سنده خليق بأن يهدره القاضى ذلـك أن من تلقى حصة مفرزة لا يملك بإرادته المنفردة أن يغير موضوع حقه فـيجعله شـائعًا. وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه إذ قرر عدم توافر سبب الشـفعة لدى الطاعن ورتب على ذلك عدم أحقيته فى مزاحمة المطعون عليها الأولـى فى الأخذ بالشفعة قد استند إلى أن العقار الذى يريد أن يشفع به قد تلقاه بعقـد شـرائه مفرزًا، فإن هذا الحكم لا يكون قد خالف القانون أو شابه تناقص فيما استند إليه من أسباب. (جلسة ١٩٥٣/٦/٢٥ طعن رقم ٣٢٥ س ٢٠ق)

وإذا كانـــت الرقبة شائعة بين عدة شركاء وباع أحدهم حصته فيها كـــان لصـــاحب حق الانتفاع أن يشفع فيها، ولكن يفضل عليه الشريك الآخر فى الرقبة لأنه فى مرتبة سابقة عليه(١).

الفرع الرابع
شفعة مالك الرقبة فى الحكر والمستحكر

يثـــبت الحق فى الشفعة لمالك الرقبة فى الحكر إذا بيع حق الحكر وللمستحكر إذا بيعت الرقبة.

ويندر وجود مثل هذا الفرض فى العمل لأن حق الحكر لا يترتب، حاليًا إلا على أرض موقوفة. فإذا بيع حق الحكر، فلا يجوز للوقف وهو مالـــك الـــرقبة أن يأخذ بالشفعة. لذلك لا يتصور شفعة مالك الرقبة فى الحكر إلا إذا كان قائمًا على أرض غير وقف قبل العمل بالقانون المدنى الحالى(٢). وبالنسبة لشفعة المستحكر فى حالة بيع الرقبة، فلا تتحقق لأنه لا يجوز بيع أعيان الوقف.

---

(1) Frejaville, la substitution de l'usufruit, R. loyers, 1951, P. 471.

(٢) م ٢/١٠١٢، ٢/٩٣٩، ٣/١٠٠٨ مدنى.

وإن كـــان للمحتكر وفق النظام المقرر فى الشريعة الإسلامية أن يشفع ببنائه إلا أنه لا يصـــح أن تقاس حالته على حالة المستأجر الذى يقيم بناء على الأرض التى اســـتأجرها، ذلك أن المحتكر طبقًا للنظام المشار إليه له حق عينى تتحمله العين فـــى يـــد كل حائز لها، ويراد به استبقاء الأرض للبناء تحت يد المحتكر مادام قائمًـــا بدفع أجر المثل، فهو مالك لمنافع العين ملكًا أبديًا بدوام دفعه أجرة المثل بخـــلاف المســـتأجر فـــإن عقـــد الإيجار لا يخوله إلا حقًا شخصيًا قبل المؤجر ويعطيه حق البقاء والاستقرار على الدوام فلا يثبت له حق الشفعة بوصفه جارًا مالكًا للبناء. (جلسة ١٩٥٥/٢/٣ طعن رقم ١٠ سنة ٢٢ق)

الفرع الخامس
شفعة الجار المالك

تثــبت الشــفعة للجار عند وجود التلاصق بين العقارين[1] إلا أنه يجب أن نفرق بين الجار فى المبانى والأراضى المعدة للبناء من جهة، والأراضى غير المبنية وغير المعدة للبناء من جهة أخرى.

(أ) المبانى وأراضى البناء:

يثبت الحق فى الشفعة للجار المالك إذا كانت العقارات من المبانى أو مــن الأراضـــى المعدة للبناء، سواء أكانت فى المدن أم فى القرى. ويشترط للأخذ بالشفعة فى هذه الحالة شرطان:

أولاً: يجب أن نكون بصدد مبانى أو أراضى معدة للبناء.

والمبنـــى هـــو كل ما يتصل بالأرض اتصال قرار وثبات بحيث ينطــبق عليه وصف العقار بغض النظر عن مادة صنعه. ويستوى أن

---

(١) المقــرر ــ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ــ أن تقدير الدليل هو مما يســتقل بــه قاضـــى الموضوع فله أن يأخذ بالدليل المقدم له إذا اقتنع به أو أنْ يطرحه، ولما كان الحكم المطعون فيه قد خلص إلى أن الطاعنة لا تملك أطيانا ملاصقة للأطيان المشفوع فيها استنادًا إلى تقرير خبير الدعوى الذى اطمأن إليه وأخــذ بــه، وكــان تقرير توافر الجوار الذى يجيز أخذ العقار بالشفعة هو مما يــتعلق بفهم الواقع فى الدعوى، وكان ما استخلصته المحكمة من انتفاء الجوار ـــ سائغا وله سنده من الأوراق فإن ما تنعاه الطاعنة فى هذا الشأن لا يعدو أن يكــون جــدلاً فى تقدير الدليل لا يجوز التحدى به أمام محكمة النقض. (الطعن رقم ١٩٤١ س ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/٦/٥).

لــئن كــان يشــترط لعــدم سقوط حق الجار المالك فى الشفعة بقاء التلاصق بين العقارين المشفوع به والمشفوع فيه من وقت البيع وحتى الأخذ بالشفعة. إلا أن اســتمرار التلاصق ليس شرطا لبقاء الاستحقاق. (الطعن رقم ٢٤١٨ س ٥٣ق جلسة ١٩٨٦/٥/٦)

يقع البناء فى مدينة أو قرية، داخل الكردون أو خارجه[1]. ولكن لا يأخذ حكم البناء المبنى الموجود خارج الكردون على أرض واسعة غير معدة للبناء، فالعبرة هنا بالأرض لا بالبناء.

والأرض المعـدة للبـناء هى التى تدخل فى كردون المدن والبلاد الخاضعة لقانون تقسيم أراضى البناء، ولاتخضع لضريبة الأطيان. ولا يكفـى الإعداد الفعلى للأرض لاعتبارها أرض بناء بل ينبغى أن يكون ذلك فى حدود ما تسمح به القوانين واللوائح[2].

---

(١) يشـترط للأخـذ بالشـفعة فـى هذه الحالة أمران: الأول أن يكون محل البيع المشـفوع فـيه أرض داخلة فى نطاق المدينة أو القرية، والثانى أن تكون من الأراضـى المعـدة للبناء، والمناط فى التعرف على الأمر الأول الرجوع إلى الخـرائط التى تعين (كردون) المدينة أو القرية والقرارات المعد له لتلك الحدود وفقا لما تقضى به المادة الأولى من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٧٥ الخاص بنظام الحكم المحلى. أما التعرف على الأمر الثانى فمرده استظهار موقع الأرض من الكتلة السكنية فى المدينة أو القرية وطبيعتها وسائر الظروف المحيطة بها لبيان مـا إذا كان يصدق فى شأنها وصف الأرض المعدة للبناء من عدمه، وهى من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض متى كـان استخلاصه سائغا. (الطعن رقم ٢٤١٨ س ٥٢ ق جلسة ٥/٦/١٩٨٦).

(٢) والأصـل فـى اعتـبار الأرض معدة للبناء يكون بالرجوع إلى الخرائط التى وضـعتها الحكـومة تحديدًا لنطاق المدينة أو القرية فى ضوء القانونين سالفى الذكـر وما صدر بشأنهما من قرارات تنفيذية. (الطعن ٢٤٨ لسنة ٥١ق، جلسة ١٩٨٨/٣/٢٤)

إذا كانـت الأرض تـدخل فى حدود المدينة أو القرية التى تبين المدى الذى يتطلبه التوسـع العمرانـى بالبناء فهى بحكم هذا الوضع الذي أنشأته الدولة تعتبر من الأراضى المعدة للبناء حتى ولو كانت مستغلة استغلالاً مؤقتًا لغرض آخر، أما إذا كانت تخرج عن تلك الحدود فهى لا تعتبر أرض بناء إلا إذا كانت قد أعدت إعـدادًا فعلـيًا لهـذا الغرض ولقاضى الموضوع بهذا الصدد السلطة التقديرية للفصـل فـى هذه المسألة بغير معقب متى أقام قضاءه على أسباب سائغة تكفى لحملـه، والمعول عليه فى أى من هاتين الحالتين هو بحالة الأرض وقت انعقاد

ولا يثـبت الحق فى الشفعة للجار المالك لأرض زراعية إذا كان العقار المجاور المبيع من المبانى أو من الأراضى المعدة للبناء[1].

ثانـيًا: يكفـى مجـرد التلاصـق بين العقار المشفوع به والعقار المشـفوع فـيه، ولـو كان بشبر واحد. ويقصد بالتلاصق عدم وجود انفصـال تام بين العقارين، كوجود عقار آخر مستقل بينهما كترعة أو مصرف أو طريق غير مملوك لأى من الشفيع والبائع[2].

البـيع الـذى تـولد عنه حق الشفعة. (الطعن ٢٤٨ لسنة ٥١ق، جلسة ٣/٢٤/ ١٩٨٨)

إذا كـان الحكم قد اعتبر الأرض غير معدة للبناء فلا يكفى للشفعة فيها الجوار من جهة واحدة، قد أقام ذلك على أن المنطقة التى تقع فيها واسعة المساحة وغالبها منزرع وأن ما فيها من أبنية قليلة، فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون فى فهم الإعداد للبناء قانونًا. (جلسة ١٩٤٨/٦/١٠ طعن رقم ٤٢ سنة ١٧ق)

(١) نقض ٨٠/٤/١٥ س ٣١ ص ١١٣٣.

(٢) المصـرف الـذى يفصل بين جارين لا يعتبر معه التلاصق بين الأرض غير قائم إلا إذا كان غير مملوك للجارين. أما إذا كان مشتركًا بينهما فالتلاصق قائم. (جلسة ١٩٤٥/٢/١ طعن رقم ٨٩ سنة ١٤ق)

إن وجـود مصـرف فـى العقار المشفوع فيه فاصل بينه وبين العقار المشفوع به ومخصـص لصرف مياه أراضى أخرى لا يمنع قيام حالة الجوار بين العقارين بالمعنـى المقصـود فى قانون الشفعة. فإن وجود حق ارتفاق للغير على أرض هـذا المصرف لا يخرج هذه الأرض عن ملكية صاحب العقار المشفوع فيه بل هـى تظل جزءًا من العقار. فالحكم الذى يعتبر وجود مثل هذا المصرف مانعًا مـن التلاصق المشترط فى الشفعة لمجرد تحمله بحق ارتفاق للغير مما يستحيل معـه إزالتـه يكـون حكمًا خاطئًا. (جلسة ١٩٤٣/١٢/٣٠ طعن رقم ٦١ سنة ١٣ق)

إذا كـان الحكم يبين منه أن الخبير لم يتم الجزء الأساسى من المأمورية التى ندب لهـا وهـو بـيان فى أى الأرضين، الشافعة أو المشفوعة، يقع الطريق أم أنه مناصـفة بيـنهما، إذ قـال الخبير أنه يترك للمحكمة استخلاص هذا البيان من =

ويشـــترط ألا يكون الفاصل بين العقارين اصطناعيًا بقصد حرمان الشــفيع مـــن حق الشفعة، كترك جزء صغير من أرض البائع ملاصق لأرض الجـــار خارج الصفقة ليفصل بين العقارين، أو هبة هذا الجزء صوريًا للمشترى، أو تجزئة الأرض وبيعها للمشترى على عدة مراحل. لاشك أنه يجوز إثبات مثل هذا التحايل للتهرب من الشفعة، ويتعين على المحكمة رده والحكم بالشفعة للشفيع.

والتلاصق يمكن أن يكون أفقيًا، وهذا هو الغالب، من أى جهة من الجهـــات بأية مسافة كانت، ويمكن أن يكون رأسيًا كما فى المبانى فى ملكية الطبقات والشقق[1].

مـــراجعتها للأطـــوال التى أخذها هو على العقود، ولم يرد فى الحكم شيء عن هـــذه المراجعة ولا عن ذلك البيان الذى هو ضرورى للفصل فى الدعوى، ولم يـــرد علـــى مـــا تمســـك به الشفيع من ذلك النقص، ومع ذلك فصل فى ملكية الطـــريق، فإنه يكون مشوبًا بقصور أسبابه متعينًا نقضه. (جلسة ١٩٤٧/٤/١٧ طعن رقم ٦٣ سنة ١٦ق).

إذا كانت الأرض المشفوع بها والأرض المشفوع فيها هما فى الأصل ارضًا واحدة مملوكة لشريكين على المشاع ثم قسمت بينهما سكة زراعية عملت على حساب القســـيمين ومملوكة لهما مناصفة، وكان الحد الشرقى للأرض المشفوع فيها هو نصـــف هـــذه الســـكة والحـــد الغربـــى للأرض المشفوع بها هو نصف السكة المذكـــورة، فإن الجوار بين الارضين يكون قائمًا. (جلسة ١٩٤٤/١٢/٢١ طعن رقم ٩٧ سنة ١٣ق)

إذا كـــان بين الأرض المشفوع بها والأرض المشفوع فيها طريق مشترك من جهة ومصرف مشترك من جهة ثانية، فإن هذا لا يمنع من الشفعة متى كان الطريق والمصـــرف خصوصـــيين. إذ الشـــفيع يكـــون مالكًا لنصف الطريق ولنصف المصرف ويكون هذا النصف داخلاً فى أطيانه، كما يكون المشفوع ضده مالكًا للنصـــف الطـــريق ولنصـــف المصرف ويكون هذا النصف داخلاً فى أطيانه، وبـــذلك يكـــون الجـــوار متحققًا من الجهتين، وعلى هذا الأساس تكون الشفعة جائزة. (جلسة ١٩٤٤/١٢/٧ طعن رقم ٣١ سنة ١٤ق)

(١) منصور مصطفى منصور، ص ٣١٧.

وإذا كـــان العقـــار المبيع أرضًا عليها بناء، فيكفى أن يكون عقار الشـــفيع ملاصـــقًا للأرض ولو لم يلاصق البناء. وكذلك الحال إذا كان المبـــيع مجرد ارض فضاء. أما إذا كان المبيع هو البناء دون الأرض، فيشترط للأخذ بالشفعة ملاصقة عقار الشفيع لهذا البناء.

(ب) الأراضى غير المعدة للبناء:

وينطـــبق ذلك على الأراضى الزراعية والصحراوية خارج حدود المـــدن والقـــرى. هـــنا لا يكفـــى مجرد التلاصق بين الأرض الشافعة والأرض المشفوع فيها، بل ينبغى للأخذ بالشفعة توافر أحد أمرين:

الأمـــر الأول: أن يكـــون للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الشفيع، أو يكون لأرض الشفيع حق ارتفاق على الأرض المبيعة(١).

---

(١) الـــنص فى المادة ٥/٩٢٦ من القانون المدنى، يدل على أن حق الارتفاق يكفى بذاتـــه لثبوت حق الشفعة. وإذ كان الثابت فى الأوراق أن الشفيع استند فى طلبه الأخير بالشفعة إلى قيام حق ارتفاق بالرى لأرضه على الأرض المشفوع فيها، وكـــان الـــثابت من تقرير الخبير قيام هذا الحق فعلاً فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بأحقية الشفيع فى الأخذ بالشفعة يكون قد صادف صحيح القانون. (الطعن رقم ١٧١٧ س ٥٢ ق جلسة ١٩٨٥/٦/٢٥)

يكفى لقيام الحكم القاضى بالشفعة أن يثبت جوار الشفيع فى حد واحد بقطعة أرض عليها حق ارتفاق لمصلحة الأرض المشفوعة دون الاعتداد فى هذه الحالة بنسبة قـــيمة أرض الجار إلى قيمة الأرض المشفوعة.(جلسة ١٩٥٢/٤/١٠ طعن رقم ١٢٠ س ٢٠ق)

يتعـــين أن يقع حق الارتفاق على عاتق الأرض المشفوع بها أو الأرض المشفوع فـــيها ويخـــدم الأخرى، ولا يكفى فى هذا الخصوص أن تشترك الأرضان فى الاستفادة من حق ارتفاق واحد طالما لا يثقل إحداهما. (نقض ٨١/٦/٣ س ٣٢ ص ١٦٩٤)

وعلـــى ذلـــك فلا يجدى الطعن فى الحكم بمقولة أنه أخطأ فى التقرير بوجود حق ارتفـــاق لأرض الشـــفيع علـــى الأرض المشفوعة فى حين أن الثابت أن حق =

الارتفاق هو للأرض المشفوعة على أرض الشفيع. (جلسة ١٩٤٨/٥/١٣ طعن رقم ٥٢ سنة ١٧ق)

لا عبـــرة باشتراك الغير فى حق الارتفاق المقرر للأرض المشفوع فيها أو الارض المشـــفوع بها على الأخرى فى تمسك الشفيع بطلب الشفعة طالما أن القانون لم يشترط أن يكون هذا الحق مخصصًا لإحداهما على الأخرى وحدها، هذا إلى أن وجـــود حق ارتفاق للغير على أرض المروى لا يخرج هذه الأرض عن ملكية صـــاحب العقـــار المشفوع به بل تظل جزءًا من هذا العقار، إذا فمتى كان هذا الـــدفاع لا يستند إلى أساس قانونى صحيح وليس من شأنه تغيير وجه الرأى فى الدعوى فإن إغفال الحكم الرد عليه لا يعد قصورًا مبطلاً له. ويكون النعى بهذا الخصوص على غير أساس. (الطعن ٥٩٣٠ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٩٠/١/٤)

يتعين لتوافر الجوار كسبب للأخذ بالشفعة التلاصق المباشر بين الأرضين بحيث لا يفصل بينهما أى فاصل كطريق أو مسقاة كما يتعين لتوافر حق الارتفاق كسبب لهـــا أن يكـــون لأيهمـــا حق ارتفاق مباشر على الأخرى لا أن يشتركا فى حق ارتفاق على عين أخرى. (نقض ٨٥/١/١٣ س ٣٦ ص ١٠٨)

إن المشـــرع لـــم يشـــترط للأخذ بالشفعة أن يزول حق الارتفاق بين العقارين إذا اجـــتمعا فى يد واحدة هى يد الشفيع وأن يزول هذا الحق فى الوقت ذاته بالنسبة للعقارات الأخرى التى تشترك فيه، فزوال ــ هذا الحق كلية ــ ليس شرطًا من شـــروط الأخذ بالشفعة وقد استهدف المشرع من ذلك تحرير العقارين من ربقة الارتفاق ولو جزئيًا باجتماعهما فى يد واحدة ما يتأدى إلى علاج أسباب النزاع عند تعدد الملاك. (الطعن ٤٢٨ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩١/٥/٢٩)

إذا كان الثابت أن الأرض المشفوع بها تروى بمرور المياه من فتحة فى ترعة إلى ساقية تابعة للأرض المشفوع فيها ومنها إلى ساقية تابعة للأرض المشفوع بها، وأن أرض الســـاقية الأولى المجاورة للترعة داخلة ضمن الأرض المبيعة، فإن الأرض المشـــفوع بهـــا يكـــون لها، والحالة هذه ــ حق ارتفاق على الأرض المشـــفوع فـــيها ذاتها لا على الساقية وحدها ما دامت الساقية متصلة بالأرض والمـــياه التـــى تـــروى مـــنها الأرض المشفوع بها لا تصل إليها إلا بمرورها بالأرض التى بها الساقية ثم ببئرها. (جلسة ١٩٤٤/١٢/٢١ طعن رقم ٩٧ سنة ١٣ق)

الأمـــر الثانى: أن تكون أرض الجار الراغب فى الشفعة ملاصقة لــلأرض المبــيعة مــن جهتين ولا تقل قيمتها عن نصف ثمن الأرض المبيعة[1].

فى هذا الفرض يشترط لطلب الشفعة توافر شرطين:

١- يجــب أن تلاصـــق أرض الشفيع الأرض المبيعة من جهتين علـــى الأقل من الجهات الأربع، كالشرق والجنوب أو الشمال والغرب، وتكفى الملاصقة فى كل من الحدين بأى قدر ولو بمقدار شبر.

٢- يجب ألا تقل قيمة أرض الشفيع عن نصف ثمن الأرض المبيعة، والعبرة بتقدير قيمة الأرض وقت إبرام البيع المشفوع فيه، بغض النظر عن المساحة.

إنـــه لمـــا كانت الشفعة سببًا لكسب الملكية تثبت متى توافرت لدى الشفيع الشروط المقـــررة للأخذ بها، فلا يجوز أن يعارض هذا الحق بعرض المشترى التنازل عـــن أرض المســـقاة التى يدعى الشفيع أن له ارتفاقًا عليها وعن حق الارتفاق المـــثقلة بـــه العين المبيعة مقابل ثمن يتقاضاه من الشفيع إذ لا سند فى القانون لإجـــبار الشفيع على قبول هذا العرض. (جلسة ١٩٥٠/٣/٣٠ طعن رقم ١٥٨ سنة ١٨ق)

(١) مـــؤدى نص المادة ٣٩٦ من القانون المدنى يدل على أن الشارع إنما أراد أن يجعـــل العبرة فى تقرير الأخذ بالشفعة بمجاورة أرض الجار الشفيع من جهتين مـــن جهاتها للأرض المشفوع فيها، إذ أسند التلاصق بالشروط التى ذكرها إلى الجـــار. ولما كان التلاصق من جهتين وصفًا واردًا على أرض الشفيع بصيغة الفـــرد، فإن هذا الوصف لا يتوافر إذا كان الشفيع يجاور الأرض المشفوع فيها بقطعتين منفصلتين يملك كل منهما فى إحدى جهات هذه الأرض إذ أن المشرع ركـــز اهتمامه فى تحديد أوصاف أرض الشفيع دون الأرض المشفوع فيها مما يقتضى القول بأن ملاصقة هذه الأرض بقطعتين لا يؤدى إلى ثبوت الشفعة فيها لمالكهـــا، ذلـــك لأن الشـــفيع إنما يستند فى شفعته فى هذا الفرض إلى عقارين منفصـــلين فلا يصدق على أي منهما وصف المجاورة من جهتين. (نقض ٨٢/٣/٢ س ٣٣ ص ٢٨٢)

المطلب الثانى

تزاحم الشفعاء

"١- إذا تــزاحم الشــفعاء يكون استعمال حق الشفعة على حسب الترتيب المنصوص عليه فى المادة السابقة.

٢- وإذا تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه.

٣- فــإذا كان المشترى قد توافرت فيه الشروط التى تجعله شفيعًا بمقتضـــى نــص المادة السابقة، فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته أو طبقة أدنى، ولكن يتقدمه الذين من طبقة أعلى"(١).

يتضح من ذلك أن التزاحم بين الشفعاء قد يأخذ إحدى ثلاث صور: التــزاحم بين الشفعاء من طبقات مختلفة، التزاحم بين الشفعاء من طبقة واحدة، التزاحم بين شفعاء يكون المشترى واحدًا منهم.

(أ) التزاحم بين شفعاء من طبقات مختلفة:

لا تــثور صــعوبة فـــى هذا الفرض، فقد رتب المشروع طبقات الشفعاء على نحو محدد هو على الترتيب التالى:

١- مالك الرقبة عندما يشفع فى حق الانتفاع الملابس لها.

٢- الشريك فى الشيوع عندما يشفع فى الحصة المبيعة من العقار الشائع.

٣- صاحب حق الانتفاع عندما يشفع فى الرقبة الملابسة(٢).

---

(١) م ٩٣٧ مدنى.

(٢) المشـــرع قرر حق الشفعة لكل من مالك الرقبة ولصاحب حق الانتفاع لحكمة تـــوخاها هى جمع شتات الملكية برد حق الانتفاع إلى مالك الرقبة، وبرد الرقبة إلـــى صـــاحب الانتفاع، وتحقيقًا لذات الحكمة فقد جعل المشرع الأفضلية عند تـــزاحم الشـــفعاء ــ لمالك الرقبة على سائر الشفعاء عند بيع الانتفاع الملابس للـــرقبة التى يملكها. وكذلك لمالك حق الانتفاع عند التزاحم إذا بيعت كل الرقبة

٤- مالك الرقبة عندما يشفع فى حق الحكر أو صاحب حق الحكر عندما يشفع فى الرقبة.

٥- الجار المالك عندما يشفع فى العقار المجاور.

وعلـــى ذلك إذا باع الشريك حصته فى العقار على الشيوع وطلب الشفعة شريك آخر وجار فضل الشريك. وإذا كانت الرقبة مملوكة لأكثر من شخص وباع أحدهم حصته وطلب الشفعة شريك آخر وصاحب حق الانـــتفاع تـــم تفضـــيل الشريك. وإذا كان حق الانتفاع شائعًا وباع أحد الشـــركاء حصـــته، فإن الأولوية فى شراء هذه الحصة تكون بالترتيب لمالـــك الرقبة، ثم الشريك، ثم الجار الملاصق للعقار المقرر عليه حق الانتفاع.

(ب) التزاحم بين الشفعاء من نفس الطبقة:

إذا تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة، فاستحقاق كل منهم يكون على قـــدر نصيبه. وعلي ذلك إذا بيعت حصة شائعة ورغب أكثر من شريك فـــى شرائها بالشفعة فإن كل منهم يستحق فى تلك الحصة قدرًا يوازى نصيبه فى العقار المملوك على الشيوع.

المهم فى هذا الصدد هو عدم جواز تجزئة الصفقة على البائع. فإذا انفـــرد كـــل شفيع بطلب الشفعة لنفسه تعين عليها طلبها فى كل العين المبـــيعة ولا يقتصـــر علـــى جزء منها درءًا لاحتمال أن يطلب الشفعة بعض الشفعاء دون بعضهم الآخر أو لا يطلبها أحد غيره أو يسقط حق

الملابســـة لهـــا الحـــق أو بعضها، وإذ قرر المشرع الأفضلية بين الشفعاء عند تـــزاحمهم وفـــق ما جرى به النص السالف فإن مؤدى ذلك أن الشفعة فى حق الانـــتفاع أو فى حق الرقبة مقررة أصلاً لسائر الشفعاء المنصوص عليهم لتوفر الحكمـــة فـــى تقرير الشفعة لكل منهم وهى المضارة على أن تجرى المفاضلة بينهم عند تزاحمهم. (نقض رقم ١٦٤٤ س ٥١ جلسة ١٩٨٥/٤/٩)

أحـــدهم فـــيها لســـبب يتعلق بالمواعيد أو بغيرها من إجراءات الشفعة فتتفرق الصفقة على المشترى والبائع(١).

وإذا اشترك الشفعاء فى طلب الشفعة معًا بإجراءات واحدة فإنه لا يلزم أن يطلب كل منهم العقار المبيع كله طالما أنهم أعلنوا رغبتهم فى أخـــذ العقـــار المبيع كله بالشفعة ولا يؤثر فى ذلك إشارتهم إلى اقتسام الصـــفقة علـــى نحـــو معين، فليس مـــن شأن ذلك تجزئة الصفقة على البائع(٢).

وتـــثور الصـــعوبة حول معرفة معيار المفاضلة بين الجيران عند تزاحمهم.

لاشـــك أنـــه إذا كـــان الجيران المتزاحمون يشفعون بعقار واحد يملكـــونه على الشيوع فيما بينهم، هنا يستحق كل منهم فى الشفعة بقدر نصيبه من الشيوع. أما إذا تعددت العقارات بحيث يكون كل جار يشفع بعقـــار مســـتقل، هـــنا اخـــتلف الفقه بين قائل بوجوب معاملة الجيران المتـــزاحمين معاملـــة واحدة وذلك بتقسيم العقار المبيع بينهم بالتساوى. وقائل بوجوب توزيع العقار المشفوع فيه عليهم بنسبة قيمة ما يشفع به كل منهم.

وتبـــنت محكمـــة النقض الحل الذى تضمنه قانون الشفعة السابق باعتـــباره عـــرفًا مستقرًا جرى عليه العمل، ومؤداه تفضيل الجار الذى تعود على ملكه منفعة أكثر من غيره من الجيران(٣).

---

(١) نقض ١٩٨٢/٣/٤ طعن ١٣٦٢ س ٤٨ق.

(٢) نقض ١٩٧٥/٦/١١ س ٢٦ ص ١٢٠١.

(٣) الـــنص فى الفقرة الثانية من المادة ٩٣٧ من القانون المدنى على أن "... (٢) إذا تـــزاحم الشـــفعاء من طبقة واحدة فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصـــيبه". يدل على أن المشرع لم يضع قاعدة عامة تحكم موضوع التزاحم بين الشـــفعاء جمـــيعهم، ذلك أن القاعدة التى تقضى بأن يقتسم الشفعاء عند تعددهم =

(ج) التزاحم بين شفعاء يكون المشترى واحدًا منهم:

هنا يكون مشترى العقار نفسه شفيعًا بمعنى أن يتوافر فى المشترى سبب من أسباب الأخذ بالشفعة وقت الشراء بالنسبة للعقار الذى اشتراه، ويتقدم شفيع أو أكثر لمزاحمة هذا المشترى، هنا يبنغى التفرقة بين ثلاثة فروض:

الفرض الأول: أن يزاحم المشترى شفيع أو أكثر من طبقة أعلى. هـــنا يـــتقدم الشـــفيع أو الشفعاء المزاحمون. وتكون لهم الأفضلية على المشـــترى لكـــونهم مـــن طبقة أعلى. فإذا باع شريك فى العقار حصته للجار، وطلب الشفعة فيها الشريك الآخر، فضل هذا الأخير.

الفرض الثانى: أن يزاحم المشترى شفعاء آخرون من طبقة أدنى. هنا يفضل المشترى على هؤلاء الشفعاء لكونهم أدنى منه طبقة. فإذا باع شريك فى حق الانتفاع بالعقار حصته الشائعة إلى مالك الرقبة، وطلب الشفعة فيها الشريك الآخر، لكانت الأفضلية للمشترى.

الفرض الثالث: أن يزاحم المشترى شفعاء آخرون من طبقته. هنا تكـــون الأفضـــلية للمشـــترى على هؤلاء الشفعاء رغم كونهم من نفس

العقـــار المشفوع فيه كل بنسبة نصيبه فى العقار المشفوع به لا تنطبق فى حالة التـــزاحم فيما بين الجيران عند تعددهم إذ أنهم يختلفون عن غيرهم من الشفعاء فـــى أنهم لا يشتركون جميعًا فى عقار مشفوع به واحد، فلكل جار عقاره الذى يشـــفع بـــه لا يشترك فيه معه غيره من الجيران الآخرين، وإذا لم يورد النص حكمًا لتلك الحالة فيجب ــ وفقًا لنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدنـــى ــ الرجوع إلى القاعدة التى تضمنها قانون الشفعة السابق ــ باعتبارها عـــرفا مستقرًا جرى عليه العمل ــ والتى تقضي بتفضيل الجار الذى تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره من الجيران وهى أيضًا الحكم العادل عند ســـكوت النص، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه لا يكون قد خالف القانون. (الطعن ٣١٦٠ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩١/٥/٢٨)

الطبقة[1]. فإذا باع شريك على الشيوع حصته إلى أحد الجيران، فطلب الشفعة الجيران الآخرون، فضل الجار المشترى. وإذا اشترى شريك فى الرقبة حق الانتفاع الملابس لنصيبه وطلب الشركاء الآخرون فى الرقبة الشفعة فى هذا الحق، فضل الشريك المشترى.

---

(١) يفتــرض نــص الفقرة الثالثة من المادة ٩٣٧ من القانون المدنى أن المشترى نفســه قد توافرت فيه وقت الشراء شروط الأخذ بالشفعة فى العقار الذى اشتراه بــأن يكون مالكا بالفعل فى هذا الوقت لما يجعله شفيعًا ثم يتقدم لأخذ العقار منه بالشــفعة شــفيع من نفس طبقة أو من طبقة أدنى فإن المشترى يفضل فى هذه الحالة ولا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة. (الطعن رقم ١١٢٩ س ٥٢ ق جلسة ١٩٨٥/١٢/٢٦)

لمـــا كان من المقرر بنص الفقرة الثالثة من المادة ٩٣٧ من القانون المدنى "أنه إذا كان المشترى قد توافرت فيه الشروط التى تجعله شفيعًا بمقتضى المادة السابقة فإنـــه يفضــــل على الشفعاء الذين هم من طبقته، وكان الثابت من تقرير الخبير الـــذى اطمأنـــت إليه محكمة الموضوع أن الطاعن يمتلك قطعة أرض زراعية تجـــاور القطعـــة الثانـــية المشـــفوع فيها ولكل من القطعتين حق ارتفاق على الأخـــرى، وكانت المطعون ضدها تشفع فى هذه القطعة بالجوار وحق الارتفاق فإنهـــا تكـــون مـــن طبقة المشترى ولا تجوز لها الشفعة فيها وإذ كان من حق المشـــترى ـــ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ـــ ألا تتجزأ الصفقة عليه فـــإن دعـــوى الشفعة برمتها تكون غير مقبولة. (الطعن رقم ٣٧٩ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٠/٦/١٩)

لـــيس للشريك فى الشيوع الأخذ بالشفعة فى حصة شائعة مبيعة لمشتر شريك على الشـــيوع توافـــرت فيه وقت الشراء الشروط التى تجعله شفيعًا. مشترى الحصة الشائعة الشريك على الشيوع يفضل الشفيع الشريك على الشيوع. المادتان ٩٣٦ /ب، ٣/٩٣٧ مدنى. (الطعن رقم ١٨٣٧ لسنة ٦٠ق، جلسة ١٩٩٥/٣/٢٩).

المطلب الثالث
شروط الشفيع

تثبت الشفعة لكل شخص من أشخاص القانون، سواء أكان شخصًا طبيعـيًا أو اعتباريًا، ويستوى فى ذلك أن يكون الشخص الاعتبارى من أشخاص القانون الخاص أو من أشخاص القانون العام[١].

والشفعة بوصفها من أعمال التصرف، فينبغى أن تتوافر فى الشفيع أهلية التصرف لكى يمارس الشفعة بنفسه، وإلا فمن الممكن الأخذ

---

(١) إذ كان لا يجوز تقييد مطلق النص بغير مخصص بحيث إن كان صريحًا جليًا قاطعًـا فـى الدلالـة على المراد منه فلا محل للخروج عليه أو تأويله بدعوى الاسـتهداء بالحكمـة التـى أملته وقصد الشارع منه لأن ذلك لا يكون إلا عند غمـوض النص أى وجود لبس فيه، وكان نص المادة ٩٣٦ من القانون المدنى قد أطلق بيان من له الحق فى الشفعة دون تخصيصه بالأشخاص الطبيعيين مما مفاده أن حق الشفعة يثبت للشخص الطبيعي والمعنوى على حد سواء فإن النعى علـى الحكـم المطعون فيه بهذا الوجه يكون على غير أساس. كذلك فإن النعى غيـر سديد فى وجهه الثالث ذلك أنه لما كان النص فى ا لمادة ٥٢ من القانون المدنى على أن الأشخاص الاعتبارية هى: (١) الدولة وكذلك المديريات والمدن والقـرى بالشروط التى يحددها القانون... (٢) الشركات التجارية والمدنية... ، وفـى المـادة ٥٣ مـن ذات القانون على أن "الشخص الاعتبارى يتمتع بجميع الحقـوق إلا ما كان منها لازمًا لصفة الإنسان الطبيعية وكذلك فى الحدود التى قـررها القانون..." يدل على أن لكل من الدولة ووحداتها المذكورة وللشركات الـتجارية والمدنـية شخصية اعتبارية مستقلة عن الأخرى تتمتع أصلاً بجميع الحقـوق التـى قررها القانون وأن تبعية أى من هذه الوحدات أو تلك الشركات للدولة لا يفقدها شخصيتها الاعتبارية المستقلة وكان مناط الغيرية فى التصرفات القانونـية تغايـر الأشخاص القانونية فى تلك التصرفات لما كان ذلك وكان من شـأن اسـتقلال شخصـية الشـركة الشفيعة عن شخصية الدولة أن يجعل هذه الشـركة ــ فى خصوص شفعتها فى العقار المبيع ــ من الغير بالنسبة لطرفى العقـد الوارد عليه فإن النعى عليه بهذا الوجه يكون على غير أساس. (الطعنان ٢٣٤٣، ٢٣٦٥ لسنة ٥٢ق، جلسة ١٩٨٧/١/١٥).

بالشفعة عن طريق النائب القانونى أو الاتفاقى الذى تخوله النيابة سلطة إبرام التصرف.

ويجب أن تتوافر فى الشفيع عدة شروط حتى يحق له طلب الشفعة:

أولاً: يجب أن يتوافر للشفيع سبب الشفعة وقت صدور البيع (العقار المشفوع به):

يلزم لميلاد الشفعة وجود السبب المنشئ لها، أى لابد من توافر الصفة التى يستلزمها القانون فى الشخص لإمكان طلب الشفعة وينبغى أن توجد تلك الصفة أو السبب لدى الشفيع وقت صدور البيع.

ويترتب على ذلك أن الحق الذى يستند إليه الشفيع فى طلب الشفعة، سواء كان ملكية مفرزة أو ملكية شائعة أو ملكية رقبة أو حق انتفاع أو حق حكر، ينبغى أن يكون ثابتًا له وقت إبرام البيع المشفوع فيه[1].

---

(١)المقرر فى قضاء هذه المحكمة ـ أن الشفعة لا تجوز إلا إذا كان الشفيع مالكًا للعقار الذى يشفع به وقت قيام سبب الشفعة أى وقت بيع العقار الذى يشفع فيه. (الطعن ١٤٥٨ س ٥٧ق جلسة ١٩٩٢/٥/٧).

ملكية الشفيع للعقار الذى يشفع به شرط لقبول دعواه، وإذا ما أنكر عليه المشترى هذه الملكية تعين على المحكمة أن تستظهر حقيقة هذا الدفاع من واقع ما يقدمه إليها الشفيع من أسانيد مثبتة لملكيته. (الطعن رقم ١٢٤٣ س ٥٢ق جلسة ١/٢٣/ ١٩٨٦)

مجرد منازعة المشترى للشفيع فى ملكه لا يترتب عليها إسقاط حقه متى ثبت أن هذه المنازعة على غير أساس.

شرط الأخذ بالشفعة على أساس الشيوع أن يكون الشفيع مالكًا لحصته شائعة وقت بيع العقار الذى يشفع فيه، وكان لمحكمة الموضوع السلطة التامة فى تحصيل قيام حالة الشيوع أو انتفائها باعتبار ذلك من قبيل فهم الواقع فى الدعوى. (الطعن رقم ١٩٤١س ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/٦/٥).

فإذا كان حق الشفيع ناشئًا عن تصرف قانوني وجب أن يكون هذا التصـــرف مسجلاً قبل البيع المشفوع فيه، ولا يكفي التسجيل اللاحق أو مجـــرد رفع دعوى صحة التعاقد وتسجيل صحيفتها[1]. ويجب أن يكون هذا التصرف حقيقي غير صوري، صحيح غير باطل، نافذ غير معلق على شرط واقف.

وإذا كـــان حق الشفيع ناشئًا عن واقعة قانونية، فينبغي وجود هذه الواقعة قبل انعقاد البيع المشفوع فيه. وعلى ذلك إذا كان الشفيع قد كسب الحـــق بالميــراث، وجب أن تكون وفاة المورث سابقة على البيع. وإذا كان حق الشفيع ناشئًا عن التقادم، وجب أن تكون مدة التقادم قد اكتملت قبل البيع[2].

وأن مجرد ورود اسم الشفيع في عقد البيع جارًا للعقار المشفوع فيه، لا يصلح دليلاً علـــى ملكيـــته للعقار المجاور المشفوع به.(الطعن ١٣٨٣س٥٣ق جلسة ٩/٢/١٩٨٤)

(١) المقـــرر فـــي قضاء هذه المحكمة أن الشفعة لا تجوز إلا إذا كان الشفيع مالكًا للعقـــار الـــذي يشـــفع به وقت قيام سبب الشفعة وأن ملكية العقار لا تنتقل إلى المشتري إلا بتسجيل عقد البيع. وإذ كان الطاعن الشفيع ـــ لم يسجل حكم صحة الـــتعاقد الصـــادر لصالحه عن العقار المشفوع به إلا بعد صدور البيع المشفوع فـــيه. وكـــان هذا التسجيل لا يرتب أثره إلا من تاريخ حصوله ولا ينسحب إلى تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى وإذ رتب الحكم على ذلك عدم أحقية الطاعن في طلـــب أخـــذ العقـــار المبيع بالشفعة لأنه لم يكن مالكًا للعقار المشفوع به وقت صدور البيع سبب الشفعة يكون قد التزم صحيح القانون. (الطعن رقم ٤١٤ س ٥٠ق جلسة ١٠/٤/١٩٨٣)

(٢) من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الشفعة لا تجوز إلا إذا كان الشفيع مالكًا للعقـــار الذي يشفع به وقت قيام سبب الشفعة أي وقت بيع العقار الذي يشفع فيه فإذا كان عقد شراء الشفيع غير مسجل بالعين التي هي محل هذا العقد لا يصح أن يشـــفع بها ولا يكفي أن يكون الشفيع حائزًا وواضعًا اليد بنية التملك دون أن يـــتم له التملك فعلاً، بل ويتعين على المحكمة وهي تعرض لثبوت ملكية الشفيع =

الشفعة بالبناء استقلالاً عن الأرض:

هــل يجوز لمالك البناء دون الأرض أن يطلب الشفعة وهل يمكن طلب الشفعة فيه أيضًا.

تجــيب محكمة النقض على ذلك بقولها: البناء المقام على الأرض قبل تسجيل عقد شرائها لا يعتبر سببًا لطلب الشفعة:

مــن المقــرر فـــى قضاء هذه المحكمة ــ أنه وإن كان لمشترى الأرض بعقد غير مسجل حيازتها والانتفاع بها إلا أن هذا العقد لا ينتج أثــرًا بشـــأن تملك المشترى لما يقيمه من بناء عليها على سبيل البقاء والقــرار ذلــك لأن حــق القــرار حق عينى لا ينشأ ولا ينتقل إلا بعد التســجيل، وإذ كان البناء الذى أقامه الطاعن مع شركائه على الأرض قــبل تسجيل عقد شرائها لا يعتبر مملوكًا لهم، فإنه لا يعتبر سببًا لطلب الشفعة(١).

يعتبــر هذا القضاء عدولاً عن قضاء سابق، حيث سبق أن قررت أن عقــد البــيع غيــر المسجل يولد فى ذمة البائع التزامًا بتسليم المبيع وبالــوفاء بــه يصبح المبيع فى حيازة المشترى له أن ينتفع به بجميع وجــوه الانــتفاع ومــنها البناء على سبيل البقاء والقرار. ومتى أحدث المشــترى بناء على الأرض المبيعة له يصبح هذا البناء عقارًا ملكا له ملكــية مصــدرها واقعة البناء بماله على سبيل البقاء والقرار، ومن ثم يقــوم بــه سبب الشفعة بوصفه جارًا مالكًا للبناء. ولا مخالفة فى ذلك لقانــون التســجيل ذلك أن الشفيع مشترى الأرض بعقد غير مسجل لا

للعقار المشفوع به بالتقادم أن تبين فى حكمها مدى توافر شروط هذه الملكية من وضــع يــد مستمر وهادئ وظاهر مقترن بنية التملك، وأن تبين بما فيه الكفاية الوقائع التى تؤدى إلى توافرها بحيث يبين منه أنه تحراها وتحقق من وجودها. (الطعن رقم ٩٦٧ س ٥٥ق جلسة ١٩٨٦/١/٢٦).

(١) الطعن ٢٧١٦ لسنة ٥٨ق، جلسة ١٩٩٢/٣/٥.

يؤسس حقه فى طلب الشفعة على عقد شرائه وإنما يقيمه على عقد ملكية البناء استقلالاً عن الأرض. كما لا مخالفة لأحكام الملكية بالالتصاق قولاً بأن بائع الأرض يعتبر فى حكم القانون وبالنسبة إلى الكافة هو وحده مالك البناء الذى أقامه المشترى الذى لم يسجل عقد شرائه، ذلك بأن القانون إذ يعتبر مالك الأرض مالكًا للبناء بفعل الالتصاق إنما يقرر فى صالح مالك الأرض قرينة غير قاطعة قابلة لإثبات العكس، كما إذا خول مالك الأرض لمستأجرها الحق فى إقامة المنشآت وتملكها، فإنه فى هذه الحالة يعتبر مالكًا لما يقيمه عليها من بناء على اعتبار أنه عقار. فمناط تطبيق قواعد الالتصاق ألا يكون ثمة إذن صريح أو ضمنى من مالك الأرض للغير بإحداث هذا البناء فحيثما وجد اتفاق أو إذن امتنع التحدى بقواعد الالتصاق، ووجب اعتبار البناء عقارًا مستقلاً عن الأرض وملكًا خالصًا لمن أقامه. ولا نزاع فى أن البائع، وهو ملتزم بتسليم المبيع للمشترى وعدم التعرض له، إذا ما أوفى بهذا الالتزام فقد نقل إلى المشترى حيازة المبيع، وكان لهذا الأخير أن ينتفع به بكافة وجوه الانتفاع ومنها البناء على سبيل البقاء والقرار[1].

لئن كان قضاء هذه المحكمة قد استقر على أنه ليس لتسجيل العقود أثر رجعى وأنه يتعين أن يكون عقد الشفيع مسجلاً وقت حصول البيع المشفوع فيه إذا كانت ملكية العقار المشفوع به تستند إلى عقد. إلا أنه فى مجال البناء فإن ملكية البناء مصدرها واقعة البناء وتكون للمشترى بعقد غير مسجل بما له من حق البناء على سبيل البقاء والقرار ومن ثم تخوله حق الاستشفاع إذا ما قام به سبب من أسباب الشفعة. إذ أنه حينئذ يشفع فى العين المبيعة لا بالأرض التى لم يسجل عقد مشتراها بعد — لأنه لا يتملكها إلا بتسجيل العقد بحسب ما استقر عليه قضاء هذه

---

(١) جلسة ١٩٥٠/١/١٢ طعن رقم ٣١ سنة ١٨ق.

المحكمـــة ــ ولكــن بواقعة البناء الذى أقامه على سبيل القرار والذى يــتملكه مـــنذ إقامته وقبل أن يتملك الأرض واستقلالاً عنها. كما أنه لا مخالفـــة فى ذلك لأحكام الملكية بالالتصاق قولاً بأن بائع الأرض يعتبر ـــ فى حكم القانون وبالنسبة للكافة ــ هو وحده مالك البناء الذى أقامه المشـــترى الــذى لم يسجل عقد شرائه. ذلك لأن القانون إذ يعتبر مالك الأرض مالكــا للبناء بفعل الالتصاق إنما يقرر فى صالح المالك قرينة غير قاطعة قابلة لإثبات العكس ومناط تطبيقها لا يكون ثمة إذن صريح أو ضـــمنى من مالك الأرض للغير بإحداث البناء. فحيثما وجد اتفاق أو إذن صـــريح أو ضـــمنى من مالك الأرض للغير امتنع التحدى بقواعد الالتصـــاق وفقــا للمادة ٩٢٣ من القانون المدنى ووجب اعتبار البناء عقـــارًا مســـتقلاً عن الأرض وملكًا خاصًا لمن أقامه، ولا نزاع فى أن الـــبائع وهو ملزم بتسليم المبيع للمشترى وعدم التعرض له إذا ما أوفى بهـــذا الالتزام فقد نقل إلى المشترى حيازة المبيع وكان لهذا الأخير أن ينتفع به بكافة وجوه الانتفاع ومنها البناء على سبيل البقاء والقرار(١).

حـــق المســـتأجر على المبانى التى أنشأها على العين المؤجرة لا يعـــدو أن يكـــون حقًا مصيره الحتمى إلى الزوال بانتهاء الإيجار إذ لا يكتسب عليها حق بوصفها مالاً ثابتًا إلا لفترة محدودة، فلا يجوز له أن يحصـــل بموجب هذا الوضع على حق دائم على ملك الغير بأخذ العقار المبيع بالشفعة باعتباره جارًا مالكًا(٢).

بـــيع البـــناء على سبيل القرار استقلالاً عن الأرض هو بيع عقار يجـــوز للشريك المشتاع فى البناء أخذ الحصة المبيعة فيه بالشفعة طبقًا لمـــا تنص عليه الفقرة (ب) من المادة ٩٣٦ من القانون المدنى من أن

---

(١) الطعن رقم ١٩٧ س ٥٠ق جلسة ١٩٨٣/١٢/١١.

(٢) نقض ١٩٧٠/١٠/٢٧ س ٢١ ص ١٠٩٧.

الحــق فـــى الشــفعة يثبت للشريك فى الشيوع إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبى[1].

ثانيًا: يجب أن يظل سبب الشفعة قائمًا إلى وقت تمام الأخذ بالشفعة:

لا يكفـــى لجـــواز الشفعة أن يتوفر للشفيع سبب من أسبابها وقت صدور البيع المشفوع فيه، بل ينبغى أيضًا أن يظل هذا السبب قائمًا إلى أن يـــتم الأخذ بالشفعة عن طريق التراضى أو القضاء[2]. ولا يهم بعد ذلك أن يزول سبب الشفعة، ولو كان هذا الزوال بأثر رجعى.

ويتـــرتب على ذلك أنه إذا باع الشفيع نصيبه بعد أن طلب الشفعة وقـــبل أن يحكـــم له بها سقط حقه فى الشفعة لزوال صفته كشفيع، ولا يكون لخلفه (من اشترى منه حصته) الحق فى الشفعة، لأنه لم يكن مالكا وقت البيع.

أى أن الشـــفعة معلقـــة علـــى بقاء سببها لحين تملك الشفيع للعين المشـــفوعة إمـــا بالتسليم له طوعًا بها أو بحكم القاضى، فإذا زال عنه سبب الشفعة قبل ذلك، عالمًا أو جاهلاً، سقط حقه فيها لزوال سببه[3].

ولكـــن بعد تمام الأخذ بالشفعة، لا يهم أن تبقى للشفيع الصفة التى استند إليها فى طلب الشفعة، فزوال ملكيته نتيجة فسخ سندها أو بطلانه، أو نتيجة التصرف فيها لا يؤثر على كسب الملكية بالشفعة[4].

---

(١) نقض ١٩٧٥/٦/١٧ س ٢٦ ص ١٢١٦.

(٢) نشـــوء حـــق الشفيع فى الأخذ بالشفعة بالبيع مع قيام المسوغ. عدم صيرورة العـــين المشـــفوعة إلـــى ملـــك الشفيع ــ فى غير حالة التراضى ــ إلا بالحكم النهائـــى القاضى بالشفعة. مقتضى ذلك . وجوب استمرار ملكية الشفيع للعقار المشـــفوع بـــه حتى صدور الحكم النهائى له بالشفعة أو بإبرام التراضى عليها. (الطعن رقم ٢٢٤ لسنة ٥٨ق، جلسة ١٩٩٥/٥/٢٣)

(٣) منصور مصطفى منصور ، ص ٣٦٠.

(٤) المالـــك على الشيوع يملك بقدر نصيبه فى كل ذرة من العقار المشاع ومن ثم فإنه يجوز له أن يطلب الشفعة فى العقار المجاور ولو لم يشترك معه فى طلبها =

فإذا حكم بإبطال عقد شراء الشفيع المسجل قبل البيع المشفوع فيه سقط حقه فى الشفعة، أما إذا صدر الحكم بعد الأخذ بالشفعة، بالتراضى أو بالقضــاء، فــلا يؤثر زوال ملكية الشفيع بأثر رجعى على اكتساب ملكية العقار المشفوع فيه بالشفعة(1).

وإذا طلــب الشفعة جار مالك على الشيوع، ثم وقعت القسمة قبل تمــام الأخذ بالشفعة، فاختص بجزء مفرز من العقار الشائع لا يلاصق

باقــى شركائه فى الملك ولا يؤثر فى ذلك احتمال أن تسفر القسمة فيما بعد عن حــرمانه من الجزء المجاور للعقار المشفوع لأن القانون إنما يشترط أن يكون الشــفيع مالكا لما يشفع به وقت بيع العقار المشفوع وأن يبقى مالكا لحين الأخذ بالشفعة وبقاء الجوار ليس شرطا لبقاء الاستحقاق. (نقض ١٩٧٩/٣/٥، س ٣٠ ع١ ص ٧٠٨)

إذا دفــع بــأن الشــفيع لا يملك العين التى يشفع بها لأن العقد الذى يستند إليه فى تملكها لم يصدر من مالكها بل من وكيل عنه قد عزله بكتاب مسجل سابق على تــاريخ البــيع للمدعى. وقضت المحكمة للشفيع بالشفعة بناء على أنه مالك فلا تثــريب عليها فى ذلك، إذ حتى لو صح أن العقد كان صادرًا من وكيل معزول فــإن بطلانــه لا يكون إلا نسبيًا، ولهذا فالعيب الذى يشوبه لا يمنع انتقال الملك حتىَ يتقدم من شرع البطلان لمصلحته ويطلب إبطاله، والمشفوع منه لا شأن له بهذا البطلان. (الطعن رقم ١١٩ لسنة ١٣ق، جلسة ١٩٤٤/٦/٨)

(١) مجــرد التعاقد على البيع ينشأ عنه حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة وأن التفاسخ بشــأن هــذا البيع لا يؤثر فى حق الشفيع إذا حصل بعد إعلانه للرغبة بالأخذ بالشــفعة. والــتحقق مــن حصول التفاسخ قبل أو بعد إنذار الرغبة بالشفعة من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع متى كان استخلاصه سائغا لــه ما يسانده من أوراق الدعوى. (الطعن رقم ٩١٤ س ٤٩ق، جلسة ١٢/٢٣/ ١٩٨٢)

إن تفاســخ البائع والمشترى عن البيع المشفوع فيه بعد إعلانهما بالرغبة فى الشفعة أو بعــد رفــع الدعوى عليهما مباشرة، لا يكون نافذا فى حق الشفيع ولا يحول دون طلبه الشفعة. (الطعن رقم ٢٠٢٢ س ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/١١/٢٩)

العقـــار المبيع، سقط حقه فى الشفعة لزوال سببها وهو الجوار. وكذلك الحـــال إذا طلـــبت الشـــفعة على أساس الجوار، ثم زال الجوار بإنشاء طـــريق أو مصـــرف عام بين العقار المشفوع به والعقار المشفوع فيه، أثناء نظر دعوى الشفعة سقط الحق فى الشفعة.

ثالثًا: انتفاء المانع القانونى:

يمكن أن يقوم السبب فى الأخذ بالشفعة ، ولكن الشفيع لا يستطيع ممارســـة حقـــه فيها إما لأن القانون يمنع من ذلك صراحة، أو لوجود أسباب أخرى تحول دون ممارستها، ومن هذه الحالات:

١- الوقـــف، فالشـــفيع يمكن أن يكون شخصًا طبيعيًا أو شخصًا معنويًا، إلا أن الوقف لا يجوز له الأخذ بالشفعة، وهذا هو حكم الشريعة الإسلامية، وعلى هذا ليس للوقف أن يشترى الحصة المبيعة على أساس الاشتراك فى العين أو فى حق من حقوقها[1].

والسبب فى منع الوقف من الأخذ بالشفعة أن طلب الشفعة سيتم من قبل ناظر الوقف أو الموقوف عليه وكلاهما ليس مالكًا للعقار الموقوف، ومـــن ثـــم ليس لأى منهما حق الشفعة، ثم إنه لو جاز أن يأخذ الوقف بالشـــفعة لـــوجب أن يصبح العقار المشفوع فيه هو أيضًا وقفًا دون أن تصدر حجة بوقفه.

٢- يحظـــر الأخـــذ بالشـــفعة إذا ترتب عليها تجاوز الشفيع للحد الأقصى للملكية[2].

---

(١) م ٢/٩٣٩ مدنى.

(٢) متى تبين أن الشفيع يملك قبل الحكم بالشفعة أكثر من مائتى فدان فإن الحكم لا يكـــون قد خالف القانون فيما انتهى إليه من أن الحكم بالشفعة فى هذه الحالة من شـــأنه مخالفة ما نصت عليه المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بشـــأن الإصـــلاح الزراعـــى التى تقضى ببطلان كل عقد تترتب عليه مخالفـــة مـــا نصت عليه تلك المادة من عدم جواز ويادة ملكية الفرد عن مائتى فـــدان لتعلق حكم هذه المادة بقاعدة من قواعد النظام العام ــ ولا محل للاستناد إلـــى القانـــون رقـــم ٢٦٧ لسنة ١٩٥٦ الذى أجاز للأفراد أن يتملكوا أكثر من =

٣- يحظر القانون على من ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشترى ما يناط به بيعه بموجب هذه النيابة، أى أن النائب لا يستطيع أن يشترى لنفسه الشيء المكلف ببيعه حيث لا يجوز له أن يتعاقد مع نفسه، نائبًا عن المالك كبائع وأصيلاً عن نفسه كمشترى، وذلك لتعارض المصالح، إذ يمكن أن يحابى مصلحته على مصلحة الأصيل.

ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للنائب أن يشفع فى العين المكلف ببيعها بالنيابة عن المالك، ولو توافرت له صفة الشفيع، لأن الشفعة شراء، وهو ممنوع من شراء تلك العين. وذلك حماية لمصلحة الأصيل.

كما لا يجوز للسماسرة، ولا للخبراء أن يشفعوا فى العقارات المعهود إليهم فى بيعها أو فى تقدير قيمتها، لأنه يمتنع عليهم أن يشتروا هذه العقارات[1].

مائتى فدان عن طريق الميراث أو الوصية أو غير ذلك من أسباب كسب الملكية غير العقود وأباح لهؤلاء أن يتصرفوا فيما زاد عن المائتى فدان خلال سنة من كسب الملكية غير مقيدين بالقيود التى نص عليها المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٦ فى خصوص من يملكون أكثر من مائتى فدان وقت صدوره ذلك لأن حكم الشفعة وإن كان سببًا مستقلاً لكسب الملكية إلا أنه يأخذ حكم العقد إذ بحكم الشفعة تنصرف آثار عقد البيع إلى الشفيع لأن الملكية فى حالة الحكم بالشفعة تكون قد اكتسبت بعمل إرادى من جانب الشفيع وهو ما هدف المشرع إلى تحريمه إذا كان الشفيع يملك قبل الحكم بالشفعة أكثر من مائتى فدان وإن فى إباحة تملك ما يزيد على مائتى فدان بالشفعة تحايلاً على أحكام المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢، أما الوصية والميراث وما جرى مجراهما من أسباب كسب الملكية فإن الأمر فيهما يتم بغير سعى من جانب من آلت إليه الملكية. (الطعن ٢٣٥ لسنة ٢٣ق، جلسة ١٩٥٧/١١/١٤ س ٨ ص ٧٩٨)

الجدير بالذكر أن الحد الأقصى تعدل إلى خمسين فدانًا بالقانون ١٩٦٩/٥٠.

(١) م ٤٧٩ مدنى

المبحث الثانى
التصرف موضوع الشفعة

يلزم فى التصرف الذى يجيز الأخذ بالشفعة عدة شروط تتعلق بطبيعته من جهة، وبمحله من جهة أخرى.

المطلب الأول
طبيعة التصرف المشفوع فيه

يجب أن يكون التصرف المشفوع فيه بيعًا، وألا يكون هذا البيع مستبعدًا من نطاق الشفعة.

الفرع الأول
البيع المشفوع فيه

تقتصر الشفعة على البيع، ويجب أن يكون البيع موجودًا، حقيقيًا، صرفًا.

أولاً: يجب أن يكون هناك بيع:

الشفعة لا تجوز إلا فى بيع العقار، فلا يخضع أى تصرف قانونى آخر للشفعة. مؤدى ذلك أن الشفعة لا تثبت فى المقايضة أو الوفاء بمقابل، ولا تجوز كذلك فى كل من عقد الصلح[1] أو عقد القسمة أو عقد

وكذلك الحال بالنسبة للقضاة وأعضاء النيابة العامة والمحامين وكتبة المحاكم بالنسبة للحقوق المتنازع عليها فى دوائر عملهم م ٤٧١ مدنى.

(١) الشفعة لا تجوز إلا فى بيع العقار ولو كان بعقد غير مسجل، ولا تجوز فى الصلح الواقع فى شأن ملكية عقار لأنه ليس ناقلاً للملكية بل كاشفًا عنها ومقررًا لها ولما تقتضيه طبيعته من أن يترك كل طرف شيئًا من حقه فلا يجوز أن ينتفع الأجنبى بفائدة مقررة لمنفعة المصالح كما أنه يستلزم من قبل طرفيه واجبات شخصية لا يمكن أن يحل فيها أجنبى عن العقد مثل طالب الشفعة. إلا =

الهـــبة، ولـــو كانت بعوض نقدى، ما لم يكن هذا العوض مساويًا لقيمة العقار، هنا يكون فى حقيقته بيعًا ولو أنه سمى هبة. ولا تجوز كذلك فى الـــتقايل فى البيع قبل طلب الشفعة[1]. ولا تثبت الشفعة فى حالة كسب الملكية بالوصية، أو بالميراث، أو بالتقادم.

ثانيًا: يجب أن يكون للبيع وجود قانونى:

يشـــترط للمطالـــبة بالشفعة أن يكون هناك بيع قائم وموجود. فلا مجـــال للأخذ بالشفعة إذا كان البيع باطلاً بطلانًا مطلقًا، حيث إن العقد الـــباطـــل لا وجـــود له. وكذلك الحال بالنسبة للبيع الصورى صورية مطلقة[2].

أن الصلح الذى يقع بين الخصوم ويصدق عليه القاضى فى دعوى صحة ونفاذ البـــيع التـــى تقـــام بقصد تنفيذ التزامات البائع والتى من شأنها نقل الملكية، لا يتـــرتب علـــيه قانونا ــ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ــ انحلال البيع الـــذى صـــدر الصـــلح فـــى شأنه ليحل هذا الصلح محله وإنما يظل التصرف الأصـــلى وهو البيع قائمًا ومنتجًا لآثاره وبالتالى تجوز فيه الشفعة.(الطعن ٨٣٩ س ٥١ق جلسة ١٩٨٤/١٢/١٢).

(١) الـــتقايل فى البيع لا يعتبر بيعًا جديدًا يتولد عنه للشفيع حق الشفعة لأن التقايل أو التـــراد فى البيع هو فسخ له بتراضى الطرفين لا إنشاء لبيع جديد ومن شأنه فـــى قصد المتعاقدين إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل البيع ومحو كل أثر له بمـــا لا يكـــون معه أساس لطلب الشفعة. وإذن فمتى كان التقايل قد حصل قبل طلـــب الشـــفعة فإنه يعدم أثر البيع الأول ولا يبقى محل لطلب الشفعة. (الطعن رقم ١٦٨ سنة ٢١ق جلسة ١٩٥٤/٣/٢٥).

(٢) إذا كـــان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى اعتبار عقد الطاعنين ــ المشترين الأخيرين ــ صوريًا صورية مطلقة، فإن مؤدى ذلك ألا يكون لهذا العقد وجود فـــى الحقيقة ، وبالتالى فلم يكن هناك ما يدعو الشفعاء إلى توجيه طلب الشفعة إلـــى الطاعنين عملاً بنص المادة ٩٣٨ من القانون المدنى، ولا على الحكم إن هو لم يتعرض لدفاع الطاعنين فى هذا الخصوص.(نقض ١٩٧٠/٤/١٤ س٢١ ص٦١٨)

ولكـــن يجوز الأخذ بالشفعة فى البيع القابل للإبطال لأنه عقد قائم منتج لآثاره إلى أن يحكم بإبطاله. ونفس الحكم بالنسبة للبيع المعلق على شـــرط فاســـخ لأنه عقد صحيح قائم منتج لآثاره إلى أن يتحقق الشرط الفاســـخ. وكذلك الحال بالنسبة للبيع المعلق على شرط واقف، فهو وإن كان غير نافذ إلا أنه موجود.

ثالثًا: يجب أن يظل البيع قائمًا إلى أن تتم الشفعة:

يجب أن يستمر البيع المشفوع فيه قائمًا إلى أن تتم الشفعة. ذلك أن الشـــفعة تؤدى إلى حلول الشفيع محل المشترى فى عقد البيع، ويقتضى هذا بقاء العقد الذى سيتم فيه الحلول.

ويتـــرتب على ذلك زوال الحق فى الشفعة إذا زال البيع المشفوع فيه، كما لو تحقق الشرط الفاسخ أو تخلف الشرط الواقف، وكذلك الحال إذا تم إبطال العقد(١)، أو فسخه أو انفساخه بقوة القانون لاستحالة تنفيذه بقوة قاهرة.

رابعًا: يجب أن يكون البيع حقيقيًا:

يجب أن يكون البيع المشفوع فيه هو التصرف الحقيقى الذى قصد إليه المتعاقدان:

١- إذا كان البيع مستورًا بتصرف آخر، كما لو كانت هناك هبة ساترة للبيع، جاز للشفيع إثبات الصورية بكافة طرق الإثبات. فإذا نجح

---

(١) الشـــفعة لا تثبت إلا فى بيع قائم وقت طلبها وإذا أبطل العقد ــ القابل للإبطال ــ قبل الحكم بالشفعة سقط حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة أما إذا أبطل العقد بعد الحكـــم بها زال حق الشفيع على العقار المبيع. (الطعن ٦٧٤ سنة ٥٥ق، جلسة ١٨/١٢/١٩٩١)

فـــى إقامة الدليل على أن العقد فى حقيقته بيع وليس هبة، جاز له طلب الشفعة فى هذا العقد[1].

٢- وإذا كان البيع يستر هبة، فإن الشفيع باعتباره من الغير يجوز لـــه التمسك بالعقد الصورى الظاهر وهو البيع متى كان حسن النية[2]، ويمكنه طلب الأخذ بالشفعة دون أن يستطيع المشترى الدفع فى مواجهته بالعقـــد الحقيقى المستور، إلا إذا كان هذا العقد مسجلاً أو كان هو عالمًا بصورية العقد أو بوجود ورقة الضد[3].

---

(١) الشـــفعاء يعتبـــرون من طبقة الغير بالنسبة لعقد البيع المبرم بين الطاعنين ــ المشـــترين ــ وبين المطعون عليهما التاسع والعاشر ــ البائعين ــ فيجوز لهم إثـــبات صـــورية ذلـــك العقد بجميع الطرق ومن بينها البينة والقرائن أخذًا بأن الصورية بالنسبة للغير تعتبر واقعة مادية، لا تصرفا قانونيًا وذلك سواء وصف ذلك العقد بأنه بيع أو هبة مستترة فى صورة عقد بيع. (نقض ١٩٧٠/٤/١٤ س ٢١ ص ٦١٨)

(٢) الشـــفيع ــ علـــى ما جرى به قضاء محكمة النقض ــ يعتبر من طبقة الغير بالنســـبة لطرفى عقد البيع سبب الشفعة، فلا يحتج عليه إلا بالعقد الظاهر فمتى كـــان عقد البيع قد أشهر، فلا جناح على الشفيع إن هو رفع دعواه بالشفعة على البائع الظاهر فيه. (نقض ١٩٦٦/١٠/١٨ س ١٧ ص ١٥٣٠)

(٣) مـــن المقـــرر ــ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ــ أن للشفيع باعتباره من الغير الأخذ بالعقد الظاهر حتى ولو كان فى حقيقته عقدًا صوريًا بين عاقديه دون اعـــتداد قـــبله بالعقـــد الحقيقـــى المستتر إلا أن يكون سيء النية أى يعلم بصـــورية العقد الظاهر وحقيقة العقد المستتر، وعلى من يدعى سوء نية الشفيع إثـــبات ذلـــك، فـــإن عبء الإثبات يقع فىهذه الحالة على عاتق المشفوع ضده بحـــيث إذا أفلـــح فـــى ذلـــك اعتد قبل الشفيع بالعقد المستتر أما إذا أخفق ظلت الحجية للعقد الظاهر. (نقض ١٩٨٥/١/١٥ س ٣٦ ص ١١٩)

الشـــفيع ــ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ــ يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لعقد البيع سبب الشفعة فلا يحتج عليه إلا بالعقد الظاهر دون المستتر بشرط أن يكون حسن النية غير عالم بصورية العقد الظاهر وقت إظهار رغبته فى الأخذ بالشـــفعة مما يترتب عليه جواز طلب الشفعة فى عقد الهبة المستترة فى صورة =

٣- إذا كـــان الـــثمن المذكـــور في عقد البيع صوريًا، فإن الأمر يختلف بحسب ما إذا كان الثمن المذكور أكبر أو أقل من الثمن الحقيقى.

فـــإذا كـــان الثمن المذكور فى العقد أكبر من الثمن الحقيقى، جاز للشـــفيع إثـــبات الثمن الحقيقى بجميع طرق الإثبات. فإذا نجح فى هذا الإثبات، فإنه لا يلتزم إلا بدفع هذا الثمن.

وإذا كـــان الـــثمن المذكور في العقد أقل من الثمن الحقيقى، بقصد التهـــرب مـــن رسوم التسجيل مثلاً، فإن الشفيع، باعتباره من الغير لا يحـــتج علـــيه إلا بالعقد الظاهر، متى كان حسن النية ويجوز له الأخذ بالشفعة مقابل الثمن الوارد فى هذا العقد، ولا يجوز لأى من المتعاقدين أن يثبت الثمن الحقيقى للاحتجاج به على الشفيع[١].

بـــيع مـــا لم يثبت علم الشفيع بالهبة المستترة وقت إظهار رغبته، لما كان ذلك وكـــان الطـــاعن لم يدع علم الشفيعين بأن عقد البيع سبب طلب الأخذ بالشفعة يســـتر هـــبة، فـــلا على محكمة الموضوع إن هى لم تجب طلب الطاعن إحالة الدعـــوى إلـــى خبير أو إلى التحقيق لإثبات العقد المستتر الذى ادعاه وأيًا كان وجـــه الرأى فى السبب الذى بررت به رفضها لهذا الطلب مادامت النتيجة التى انـــتهت إليها بالاعتداد بالعقد الظاهر فى شأن طلب الأخذ بالشفعة تتفق وصحيح القانون. (نقض ١٩٨٤/١/٢٤ س ٣٥ ص ٢٨٤)

(١) الشـــفيع يعتبـــر من الغير بالنسبة لطرفى البيع سبب الشفعة ولا يحتج عليه إلا بالعقـــد الظاهر متى كان حسن النية. فالثمن المسمى بعقد البيع المشفوع فيه إذا كان صوريًا واقل من الثمن الحقيقى فإن للشفيع باعتباره من الغير فى هذا العقد أن يأخـــذ بالعقد الظاهر طالما كان حسن النية ولا يلتزم إلا بدفع الثمن المذكور فـــيه، وبحث توافر حسن النية لدى الشفيع ومدى علمه بصورية الثمن المسمى بعقـــد البيع المشفوع فيه هو من مسائل الواقع التى لمحكمة الموضوع الحق فى تقديـــرها ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك متى كان استخلاصها سائغا. (الطعن رقم ١٠٠٦ س ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/٥/٩)

٤- العبـــرة بالبيانات الواردة فى العقد المشفوع فيه، ولكن الشفيع يعتبـــر من الغير بالنسبة لهذا العقد، ومن ثم يمكنه إثبات عكس ما ورد فيها[1].

---

(١) الشـــفيع يعتبـــر من الغير بالنسبة لطرفى البيع المشفوع فيه بحيث لا يحاج بما ورد فيه، ويجوز له إثبات ما يخالفه بكافة طرق الإثبات القانونية، إلا أنه يجوز للشفيع مع هذا أن يتمسك إذا شاء قبل طرفي البيع بما ورد فيه، ولا يكون لهما فى هذه الحالة أن يحتجا قبله بصوريته أو أن يتمسكا قبله بعقد آخر خلاف ذلك إلا إذا أثـبت أنـــه كان سيء النية بأنه كان يعلم بحقيقة العقد المستتر وبصورية العقد الظاهر المشفوع فيه. (الطعن رقم ١٧١٧ س ٥٤ق جلسة ١٩٨٥/٦/٢٥)

المقـــرر فـــى قضاء محكمة النقض أن الشفيع بحكم أنه صاحب حق فى أخذ العقار بالشـــفعة من طبقة الغير بالنسبة إلى الطرفين المتعاقدين ــ البائع والمشترى ــ فلـــه أن يتمســـك بالعقـــد الظاهر دون العقد المستتر، وله أن يتمسك بأن العقد الظاهـــر يتضمن واقعة صورية كتقديم تاريخه إلا أنه يقع عليه إثبات ذلك بكافة طـــرق الإثـــبات على أساس أن هذه الواقعة تعد بمثابة واقعة مادية بالنسبة له. (نقض ١٩٨٣/٥/٢٩ س ٣٤ص ١٣٢٢)

العبرة فى بيان العقار المطلوب أخذه بالشفعة هى بما ورد بالعقد المشفوع فيه ما لم تثـــبت صـــوريته وعلم الشفيع بها. وليس بما يقوم البائع بتسليمه للمشترى، وإذ كـــان الـــثابت أن محل عقد البيع المسجل الصادر من المطعون ضدها الأخيرة لباقى المطعون ضدهم حصة شائعة فى العقار فإن الحكم المطعون فيه إذ رفض دعـــوى الطاعنـــين أخـــذها بالشفعة المؤسسة على أنهما شريكان على الشيوع اســـتنادًا إلـــى أن الـــبائعة ــ المطعـــون ضدها الأخيرة ــ قد سلمت المشترين المطعـــون ضدهم الأربعة الأول ــ جزءًا محددًا مفرزًا لسبق تملكها إياه بوضع يـــدها علـــيه المـــدة الطويلة المكسبة للملك مهدرا بذلك ما جاء بالعقد المسجل المشفوع فيه الذى انصب على حصة شائعة فى الأرض فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون. (الطعن رقم ٣٠٦ س ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/١١/١٠).

العبـــرة فى بيان العقار المطلوب أخذه بالشفعة هى بما ورد عنه بعقد البيع المشفوع فـــيه وليس بما يقوم البائع بتسليمه للمشترى على الطبيعة. (الطعن رقم ٢٩٨٠ س ٥٢ق جلسة ١٩٨٦/٤/١٥)

خامسًا: يجب أن يكون البيع صرفًا:

ينبغـــى أن يكون البيع المشفوع فيه بيعًا خالصًا، قائم على اعتبار مادي بحت، حيث تحدد فيه الثمن مقابل المبيع دون أى اعتبار أو عامل آخر. فلا تجوز الشفعة فى البيع الذى روعيت فيه اعتبارات خاصة أو شروط معينة تتعلق بشخص المشترى أو تحقيق مصالح عامة اقتصادية أو اجتماعية. فهذا بيع من نوع خاص لا يتم نظير الثمن فحسب لأن هذا الثمن يكون فى الغالب أقل من القيمة الحقيقية للعقار[1].

مثال ذلك بيع الدولة بعض الأراضى الزراعية لصغار المزارعين الـــذين يـــتولون زراعتها تشجيعًا لهم على الاستقرار فيها واستعمارها بأسعار رمزية مقسطة.

سادسًا: يجب أن يكون البيع باتًا (التسجيل):

ينبغـــى أن يكون البيع المشفوع فيه قد أبرم بصفة نهائية وأصبح ملزمًا[2]. فلا تجوز الشفعة إذا اقتصر الأمر على مجرد المفاوضات، أو مجرد الوعد بالبيع أو الشراء.

---

(١) متـــى كان الحكم إذ قضى برفض دعوى الشفعة أقام قضاءه على أن التصرف الصـــادر من المطعون عليها الأولى إلى المطعون عليه الثانى ليس بيعًا تجوز فـــيه الشفعة وإنما هو تصرف ذو طابع خاص روعى فيه إيثار المتصرف إليه بالأولـــية فـــى شراء الأطيان المبيعة موضوع طلب الشفعة لاعتبارات منها ما يتعلق بشخص المتصرف إليه لقيامه بإصلاح الأرض المتصرف له فيها ومنها مـــا يـــتعلق بمصـــالح اجتماعـــية واقتصـــادية ترمى إلى رفع مستوى صغار المزارعين وتوفير أسباب العيش لهم والتشجيع على إصلاح الأراضى البور — فضلاً عن أن الثمن المسمى بالعقد لا يمثل حقيقة قيمة العين المبيعة وقت البيع، فإن هذا الحكم لا يكون قد خالف القانون ، ذلك بأن القضاء بالشفعة فى مثل هذه الحالـــة يتنافى مع طبيعة العقد وفيه تفويت للأغراض المنشودة منه (الطعن رقم ٣٥٧ س ٢١ق جلسة ١٩٥٣/٢/٢٦).

(٢) للشـــفيع إذا فاتـــه الأخذ بالشفعة فى البيع الابتدائى جاز له الأخذ بها فى البيع النهائى وفى مواعيد هذا البيع وبشروطه، وذلك إذا اختلفت شروطه عن شروط =

وتجــوز الشفعة فى العقد الابتدائى، والبيع المقترن بالعربون، فلا يشـــترط للأخـــذ بالشفعة أن يكون البيع المشفوع فيه مسجلاً، أو ثابت التاريخ[1].

الفرع الثانى

البيوع المستبعدة من نطاق الشفعة

هناك بعض البيوع التى لا تجوز فيها الشفعة وهى:

أولاً: البيع بالمـــزاد:

لا يجـــوز الأخـــذ بالشـــفعة إذا حصـــل البيع بالمزاد العلنى وفقًا لإجـــراءات رســـمها القانـــون، أى أمـــام القضاء أو أمام إحدى جهات

عقد البيع الابتدائى حتى ولو كان قد أسقط حقه فى الأخذ بالشفعة فى هذا البيع. (نقض ١١/١/٨٤ س ٣٥ ص ١٩٣)

(١) المقـــرر فـــى قضـــاء النقض أن القانون إذ جعل البيع سببًا للشفعة وجعل حق الشـــفيع فى طلبها متولدًا من مجرد إتمام انعقاد البيع على العين المشفوعة جاء نصه عامًا مطلقًا وبتلك المثابة أجاز الشفعة فى العقار المبيع ولو كان عقد البيع ابتدائـــيًا لـــم يسجل ذلك أن حق الشفعة الذى ينشأ من يوم البيع لا يمكن تعليقه علـــى حصـــول تسجيل العقد أو القول بمولده من يوم التسجيل فقط إذا لم ينذر المـــتعاقدان ـــ البائع والمشترى ـــ الشفيع بحصول البيع الابتدائى. ذلك أن حق الشـــفعة علـــى ما سلف القول لا يتولد من مجرد الإنذار بحصول البيع بل ومن وقـــت انعقاده سواء تم الإنذار بحصوله أم لم يتم إذ لا يرتب الإنذار أثرًا سوى ســـقوط الحـــق فى الأخذ بالشفعة إذا انقضت المدة المنصوص عليها فى المادة ٩٤٠ من القانون المدنى ولم يبد الشفيع رغبته فى الشفعة قبل انقضائها. (الطعن رقم ١٣٢٦ س ٤٩ ق جلسة ٢٩/٥/١٩٨٣)

لا يشـــترط قانـــونًا فى البيع الذى تجوز فيه الشفعة أن يكون بعقد مسجل أو ثابت التاريخ. (طعن رقم ١٧٣ سنة ١٨ق ، جلسة ١٨/٥/١٩٥٠)

ولا محـــل للفـــرقة فـــى هذا الخصوص بين حالتي البيع الواحد والبيوع المتوالية. (نقض ١٠/١١/١٩٧٠ س ٢١ ص ١١٣٠)

الإدارة. ويستوى فى ذلك أن يكون البيع جبريًا أو اختياريًا، إذ يستطيع الشفيع الدخول فى المزاد[1].

يتضح من ذلك أنه يشترط لمنع الشفعة فى مثل هذا البيع شرطان: الأول أن يتم البيع بطريق المزاد العلنى، الثانى أن يتم ذلك وفقا للإجراءات التى رسمها القانون.

أما بيع العقار بالمزاد العلنى الذى يجريه الأفراد بمعرفتهم دون أن يتم أمام القضاء، أو دون اتباع الإجراءات التى رسمها القانون، فتجوز فيه الشفعة لعدم توفر الضمانات التى يتطلبها القانون لكفالة البيع وإيقاع البيع حتمًا على صاحب العطاء الأكبر. مثال ذلك البيع بطريق المظاريف المغلقة[2].

ثانيًا: البيع لبعض الأقارب:

لا يجوز الأخذ بالشفعة إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية.

حدد القانون على سبيل الحصر الفئات التى يمتنع الأخذ منها بالشفعة وهى:

١- بيع المالك لفروعه مهما نزلوا، أو لأصوله مهما علوا.

---

(١) م ١/٩٣٩ مدنى.

(٢) إن البيع الحاصل أمام المجلس الحسبى لا يدخل فى البيوع التى لا تجوز فيها الشفعة، إذ أنه ليس من البيوع الحاصلة بطريق المزايدة العلنية التى تجريها الجهات القضائية أو الإدارية المختصة بمقتضى قوانين وإجراءات معينة يتوافر فيها الضمان الكافى لذوى الحقوق ويترتب عليها وقوع البيع حتمًا لمن يرسو عليه المزاد. (الطعن رقم ٩٠ سنة ١٤ق، جلسة ١٩٤٥/٤/١٢)

٢- بيع الزوج لزوجته، وبيع الزوجة لزوجها[١].

٣- بيع المالك لأقارب النسب الحواشى لغاية الدرجة الرابعة، كالأخ وابن الأخ والعم والخال وأولاد العم وأولاد الخال أو الخالات او العمات.

٤- بيع المالك لأحد من أصهاره لغاية الدرجة الثانية، كالبيع لوالد الزوجة أو أخيها.

ثالثًا: بيع العقار ليكون محل عبادة:

لا يجوز الأخذ بالشفعة إذا كان العقار قد بيع ليجعل محل عبادة أو ليحل بمحل عيادة، لتوسيعه أو لتيسير الدخول إليه أو لتخزين بعض المفروشات الخاصة به أو لإقامة العاملين فيه.

وينطبق ذلك على كل دور العبادة، كالمساجد والكنائس والمعابد. ولا ينطبق الحكم على الأعمال الخيرية الأخرى كالمستشفيات والملاجئ والمدارس.

رابعًا: بعض البيوع المستبعدة بنصوص خاصة:

يتدخل المشرع لاعتبارات معينة بنصوص متفرقة لمنع الأخذ بالشفعة فى بيوع معينة. مثال ذلك عدم جواز الأخذ بالشفعة فى

---

(١) النص القانونى الواضح القاطع فى الدلالة على المراد منه. لا محل للخروج عليه أو تأويله بدعوى الاستهداء بالحكمة التى أملته. محل ذلك. يكون عند غموض النص أو وجود لبس فيه. تحديد موانع الشفعة ومنها البيع الحاصل بين زوجين. نص المادة ١/٩٣٩ من القانون المدنى. وروده فى عبارة عامة مطلقة يجعله يتسع لحالة البيع الأول أو عند توالى البيوع. لازمه. عدم جواز الأخذ بالشفعة فى البيع الثانى الحاصل بين زوجين. (الطعن رقم ١٠٩٩ لسنة ٥٩ق، جلسة ١٩٩٢/٥/٢٧)

الأراضـــي التـــي توزعها الدولة على صغار الفلاحين. وكذلك بالنسبة لتصرف الدولة فى العقارات المملوكة لها ملكية خاصة[1].

المطلب الثانى

محل التصرف المشفوع فيه (العقار المشفوع فيه)

يجـــب أن يكون المال المشفوع فيه عقارًا، وأن تطلب الشفعة فى العقار كله.

---

(١) م ٤/٩ من قانون الإصلاح الزراعى، م ٢/٥٨ من القانون ١٠٠/ ١٩٦٤.

إذا كان المشترى قد تمسك بعدم جواز الشفعة فى أرض اشتراها بطريق الممارسة مـــن مصلحة الأملاك بثمن روعى فى تقديره اعتبارات خاصة وكان الحكم إذ قضى بالشفعة لم يرد على هذا الدفاع الجوهرى فإنه يتعين نقضه، ذلك أنه متى كان البيع مقصورًا على أشخاص معينين فلا يمكن حصوله لغيرهم مهما ألحت علـــيهم الحاجـــة فـــى شرائها ومهما زايدوا على أثمانها، ويعتبر البيع فى هذه الأحـــوال متـــراوحاً بـــين البـــيع والهـــبة والصلح لأن تقدير الثمن تراعى فيه اعتبارات تتعلق بشخصية المشترى من ناحية وبمصالح عليا اجتماعية وسياسية مـــن الناحية الأخرى وكل ذلك لا يمكن تقديره بثمن. (نقض ١٩٦/٢/١٦ س٧ ص ٢٣٠)

المقـــرر ـــ وعلـــى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ـــ أنه متى كان البيع مقصورًا علـــى أشخاص معينين فلا يمكن حصوله لغيرهم مهما ألحت عليهم الحاجة إلى شـــراء العقـــار المبـــيع، ومهما زيادوا على ثمنه ويعتبر البيع فى هذه الأحوال متـــراوحًا بـــين البيع والهبة والصلح لأن تقدير الثمن نراعى فهي اعتبار تعلق شخصية المشترى وكل ذلك لا يمكن تقديره.

فالقضـــاء بالشـــفعة فـــى مـــثل هـــذه الأحوال يتنافى مع طبيعة العقد وفيه تفويت للأغـــراض المنشـــودة منه لأن اللثمن المسمى بالعقد لا يمثل حقيقة قيمة العين المبيعة وقت البيع. (الطعن ٦١٣ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٩١/٣/١٣)

(أ) يجب أن يكون المبيع المشفوع فيه عقارًا:

الشــفعة لا تكــون إلا فى العقار، ومن ثم يجب لطلب الشفعة أن يكون المال محل التصرف المشفوع فيه عقارًا. وينطبق ذلك على العقار بالطبيعة ويستوى أن يكون هذا العقار أرضًا أو منقولاً.

أمـــا إذا بـــيع العقار باعتباره منقولاً بحسب المال، فإن الشفعة لا تجوز فيه، كما لو تم بيع البناء لكى يهدمه المشترى ويأخذ أنقاضه. ولا تجــوز الشــفعة كــذلك إذا بـــيع العقار بالتخصيص مستقلاً عن العقار الأصلى. أما إذا بيع مع العقار الأصلى، فإن الشفعة تشمله باعتباره من ملحقاته.

أمـــا المـــنقول فلا شفعة فيه، إلا أنه يخضع لحق الاسترداد الذى يـــؤدى نفـــس وظيفة الشفعة فى حالة الشيوع، حيث يجوز للشريك فى المنقول الشائع أو فى المجموع من المال أن يسترد الحصة الشائعة التى باعها شريكه لأجنبى[1].

(ب) عدم قابلية الشفعة للتجزئة:

القاعـــدة أن الشفعة لا تقبل التجزئة، أى أنه يتعين على الشفيع أن يشـــفع فى العقار المبيع كله حتى لا تتجزأ الصفقة على المشترى، حيث إن هذا المبدأ مقرر لمصلحته[2].

ويستقر قضاء النقض على أن محل تطبيق قاعدة عدم جواز تجزئة العقـــار المطلوب أخذه بالشفعة أن يكون المبيع عقارًا واحدًا أو عقارات

---

(١) م ٨٣٣ مدنى؛ انظر ما سبق ص

(٢) مـــبدأ عدم تجزئة الشفعة مقرر لمصلحة المشترى حتى لا تتفرق الصفقة عليه فيضـــار بالشـــفعة، وللشـــفعة إنما قررت لدفع الضرر، ولا يجوز دفع الضرر بالضرر، ومن مقتضى ذلك أنه إذا كان إنقاص المبيع على المشترى يؤدى إلى الإضـــرار بـــه امتنع على الشفيع أخذ جزء من المبيع بالشفعة وتعين عليه أخذ الكـــل فإذا امتنع عليه أخذ الكل أضحت الشفعة غير مقبولة. (الطعن رقم ١٨٩ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٨٣/٣/٦)

مــتعددة متصـــلة، أى متلاصقة، أو منفصلة بشرط أن تكون مخصصة لعمـــل واحـــد أو لطريقة استغلال واحدة بحيث أن استعمال حق الشفعة بالنســـــبة إلـــى جـــــزء منها يجعل الباقى غير صالح لما أعد له من الانتفاع[1].

ويجب لتطبيق هذه القاعدة التفرقة بين عدة فروض:

أولاً: إذا كـــان المبـــيع عقارًا واحدًا، وجب طلب الشفعة فى هذا العقار كله، فلا يجوز للشفيع أن يشفع فى جزء ويترك الآخر. وإذا تعدد الشـــفعاء، فإن كلا منهم ينبغى أن يطلب الشفعة فى كل العقار حتى لو قسم بعد ذلك بينهم[2].

ثانيًا: إذا ورد البيع على عدة عقارات بيعت صفقة واحدة أى بعقد واحد، هنا ينبغى التفرقة بين أمرين:

١- إذا كانـــت هذه العقارات منفصلة غير مرتبطة ببعضها وتقبل التجـــزئة، هـــنا يجوز للشفيع أن يشفع فى العقارات التى توافرت فيها شـــروط الشـــفعة دون غيرها، بل وله أن يقتصر فى طلب الشفعة على بعضها فقط[3].

---

(١) نقض ١٩٧٩/٦/٧ س ٣٠ ص ٥٧٨.

(٢) المقـــرر أن قاعدة عدم التجزئة فى الشفعة لا تجيز للشفيع أن يأخذ بالشفعة فى صفقة واحدة بعض المبيع دون البعض الآخر حتى لا يضار المشترى بتبعيض الصـــفقة علـــيه، ولما كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن المطعون ضـــدهما الأوليـــين طلبا معًا أخذ كامل العقار المبيع بالشفعة فإنه لا يكون ثمة تبعـــيض للصفقة على المشترى أو تجزئة للشفعة. (الطعن رقم ٤٨٧ س ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/١/٢٤)

(٣) إذا اشـــتمل عقد البيع على عقارات متعددة وكانت منفصلة بعضها عن البعض فإن الأصل أن للشفيع أن يأخذ بالشفعة ما توافرت له فيه أسبابها دون تلك التى لا يســـتطيع أن يشـــفع فيها لو أنها بيعت مستقلة وذلك ما لم تكن تلك العقارات مخصصة لعمل واحد أو لطريقة استغلال واحدة بحيث يكون استعمال الحق فى =

٢- إذا كانـــت العقـــارات تشكل صفقة واحدة غير قابلة للتجزئة بطبيعـــتها أو بحسب الغرض المقصود منها، هنا يتعين على الشفيع أن يأخذ الصفقة كلها أو يتركها كلها، حتى ولو كانت الصفقة تضم عقارات لا تتوافر فيها شروط الشفعة[1].

ثالـــثًا: إذا كـــنا بصدد عقار واحد، إلا أنه بيع لعدة أشخاص. هنا ينبغى التفرقة بين أمرين:

١- إذا بيع العقار لعدة أشخاص على الشيوع، هنا يجوز للشفيع أن يأخذ الشفعة فى العقار بأكمله، أو فى حصة أحد المشترين فقط. وتقرر محكمة النقض ذلك بقولها: للشفيع إذا بيع جزء شائع فى عقار لمشترين

الشـــفعة بالنسبة إلى جزء منها من شأنه أن يجعل الباقى غير صالح لما أعد له من انتفاع. (الطعن رقم ٢٤١٨ س ٥٢ ق جلسة ١٩٨٦/٥/٦)

(١) الصفقة الواحدة. ليس للشفيع أخذ بعضها دون باقيها. علة ذلك. عدم الإضرار بالمشترى بتبعيض الصفقة وتجزئتها. وحدة الصفقة أو تعددها. مناطه. الرجوع إلى شروط العقد وإرادة المتعاقدين. (الطعن رقم ١٩٩٥ لسنة ٥٥ق، جلسة ٢/٩/ ١٩٩٥)

عـــدم جواز تجزئة الشفعة. تخلف الشفعة بالنسبة لأحد الشفعاء. أثره. إنقاص العقار المطلـــوب أخـــذه بالشفعة بقدر نصيبه. مؤداه. تبعيض الصفقة على المشترى. (الطعن رقم ١٤٥٨ لسنة ٥٧ق، جلسة ١٩٩٢/٥/٧)

المقـــرر أنه إذا كانت الصفقة واحدة فلا يجوز للشفيع أن يفرقها على المشترى بأن يأخـــذ بعضـــها ويـــدع باقيها والمناط فى وحدة الصفقة أو تبعيضها يرجع إلى شـــروط العقـــد وإرادة العاقـــدين، وإذ كـــان البين من الأوراق أن الطاعنين قد اشـــتروا بطريق التضامن فيما بينهم مساحة ٤ ط من ٢٤ ط على الشيوع نظير الـــثمن المبـــين بالعقـــد ومســـدد الثمن جميعًا بما يفيد وحدة الصفقة رغم تعدد روابطها بما يوجب رفع دعوى الشفعة على المشترين جميعًا فإن كانت الدعوى غيـــر مقـــبولة بالنسبة لأحدهم فإنها تكون غير مقبولة بالنسبة للباقين. (الطعن ٢٨٤٠ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٠/٦/٢٠)

متعددين على الشيوع أن يأخذ بالشفعة فى نصيب أحد هؤلاء المشترين متى توافرت أسباب الشفعة دون أنصبة الباقين ، وليس فى ذلك تجزئة للصفقة لأنها مجزأة من الأصل[1].

٢- إذا بـيع العقـار لعدة أشخاص، وكان لكل منهم حصة مفرزة فـيه، هنا تتعدد الصفقة، ونكون بصدد عدة بيوع بقدر عدد المشترين، ويجـوز للشـفيع أن يأخـذ بالشفعة الحصص التى تتوافر فيها شروط الشفعة، دون أن يكون فى ذلك تجزئة للصفقة[2].

---

(١) نقـض ١٩٧٩/٣/١ س ٣٠ ص ٦٧١؛ طعن ١٨٣٧ س ٦٠ق جلسة ١٩٩٥/٣/٢٩.

(٢) نقض ١٩٨١/٢/٢٦ س ٣٢ ص ٦٧٧.

تعدد البائعين وامتناع أخذ نصيب بعضهم بالشفعة يؤدى حتمًا إلى بقاء هذا النصيب وحـده للمشـترى إذا ما أخذ الشفيع أنصبة باقى البائعين بالشفعة وبذلك ينقص البـيع علـى المشترى إذا كان واحدًا وينقص نصيب كل مشترى من المبيع إذا كانـوا مـتعددين ويكـون الـنقص أكبر كلما قل عدد البائعين الذين امتنع أخذ نصـيبهم بالشفعة ولا جدال فى أن إنقاص المبيع على المشترى فى عقار واحد ولـو كـان حصة شائعة فيه يضره لأن الاختصاص بحصة شائعة أقل يضعف مركـز الشريك المشتاع بين شركائه ويقلل من حجم انتفاعه بما اشترى كما أن الشـيوع مآله القسمة ومركز مالك الحصة الأقل أثناء القسمة وبعدها لا يتساوى مع مركز صاحب الحصة الأكبر بل إن صاحب الحصة الصغيرة قد لا يستطيع الانتفاع بهذه الحصة بعد القسمة ومن ثم فإن الضرر على المشترى من إنقاص البـيع عليه إذا كان حصة شائعة فى عقار موجود حالاً ومآلاً على عكس ما إذا كـان التعدد فى المشترين وامتنع على الشفيع أخذ حصة أحدهم الشائعة بالشفعة فـإن باقـيهم لن يضاروا لأن نصيب كل منهم باقى كما هو كاملاً وشائعًا على أصـل البـيع فإذا ما أخذه الشفيع كاملاً لن يبقى له جزءًا منه يضار به كما فى حالة تعدد البائعين. (الطعن رقم ١٨٩ س ٤٧ ق جلسة ١٩٨٣/٣/٦)

تعدد البائعين لحصة شائعة. أخذ نصيب بعضهم بالشفعة. مؤداه. إنقاص المبيع على المشـترى والإضـرار بـه. أثر ذلك. عدم جواز الشفعة بأكملها. (الطعن رقم ١٩٩٥ لسنة ٥٥ق، جلسة ١٩٩٥/٢/٩)

المبحث الثالث
إجراءات الشفعة

إن المجـــرى الطبيعى للأمور هو أن يقوم المالك الراغب فى بيع عقـــاره بعـــرض الصفقة على من يتوافر لديه سبب من أسباب الشفعة، ويتم التوافق على البيع إن كانت هناك رغبة وينتهى الأمر. وقد يتجاهل المالك ذلك ويتصرف مباشرة فى العقار لشخص آخر، هنا يطلب الشفيع الأخـــذ بالشفعة بمجرد العلم بالتصرف، فإذا استجاب المشترى وسلم له بـــذلك، تمـــت الشفعة بالتراضى. وإذا لم يسلم المشترى بالشفعة، وجب علـــى الشـــفيع أن يتخذ إجراءات معينة على طريق اللجوء إلى القضاء للحكم له بالشفعة.

ونظـــرًا لأن الشفعة تمثل قيدًا على حرية التصرف، فإن المشرع رسم إجراءات محددة وسريعة من شأنها تحديد نطاق الأخذ بالشفعة من جهـــة، وحسم الأمور بصورة تحقق استقرار التعامل، من جهة أخرى، بحـــيث يؤدى التخلف عن القيام بالإجراء المطلوب فى الشكل والميعاد الذى حدده القانون، إلى سقوط حق الشفيع.

وتتمثل تلك الإجراءات فى ثلاث مراحل هى: إعلان الرغبة، إيداع الثمن، رفع الدعوى. ونعرض لتلك المراحل على التوالى.

المطلب الأول
إعلان الرغبة فى الشفعة

يمكـــن أن يعلـــن الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة من تلقاء نفسه بمجـــرد علمه بالبيع، ويمكن أن يتم ذلك أثر توجيه الإنذار إليه من قبَل كل من المشترى والبائع.

(أ) الإنذار الرسمى الموجه إلى الشفيع:

يجـــوز لكل من المشترى والبائع توجيه إنذار رسمى إلى الشفيع[1] يتضـــمن إعلانـــه بحصول البيع ودعوته إلى إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة إذا كان لديه رغبة فى ذلك.

ويتـــرتب علـــى الإنـــذار إجبار الشفيع على تحديد موقفه إذا كان يـــرغب فـــى أخذ العقار المبيع بالشفعة، حيث ينبغى عليه آنذاك اتباع الإجـــراءات التى رسمها القانون فى مواعيدها المحددة، وإلا سقط حقه فـــى الشـــفعة. ويسقط حق الشفيع إذا لم يعلن رغبته فى الشفعة خلال خمسة عشر يومًا من تاريخ الإنذار.

ويشترط لكى يرتب الإنذار هذا الإثر شرطان:

الأول: أن يتم الإنذار بورقة رسمية مستقلة من أوراق المحضرين يقوم المحضر بإعلانها بنفسه إلى الشفيع[2].

الثانـــي: يجـــب أن يشـــتمل الإنذار على البيانات الآتية وإلا كان باطلاً:

١. بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانًا كافيًا.

---

(١) والمشـــرع لـــم يـــتطلب أن يكون المحامى الموقع على إنذار الشفعة مفوضًا تفويضًـــا خاصًا بالتصرف أو موكلاً فى ذلك بتوكيل سابق. (نقض ١٩٨٥/٤/٩ س ٣٦ ص ٥٦٥؛ طعن ١٨٣٧ س ٦٠ق، جلسة ١٩٩٥/٣/٢٩)

(٢) لـــئن كانت المدة المنصوص عليها فى ا لمادة ٩٤٠ من القانون المدنى لا تبدأ إلا مـــن تاريخ الإنذار الرسمى الذى يوجهه البائع أو المشترى للشفيع ما لم يكن عقـــد البـــيع قـــد ســـجل، إلا أنه لا يقبل من الطاعنين ـــ المشترين ـــ التمسك بالإنـــذار المقـــدم ضمن حافظة مستنداتهم لهذه المحكمة لعدم ثبوت تقديمه إلى محكمة الموضوع، لأن التمسك بالدلالة المستمدة منه تعتبر من الأسباب الجديدة التـــى لا يجوز التحدى بها لأول مرة أمام هذه المحكمة. (نقض ١٩٨١/٣/١٣ س ٣٢ ص ٧٨٦)

والمقصود بالبيان الكافي للعقار المبيع هو ذلك الذي يكون من شأنه تعريف الشفيع بالعقار تعريفا كافيًا نافيًا للجهالة، وتلك مسألة واقع يستقل بتقديرها قاضي الموضوع، ولا شأن لمحكمة النقض به متى أقام تقديره على أسباب سائغة من شأنها أن تؤدي إليه[1].

---

(١) م ٩٤١ مدني. نقض ١٩٥٠/١/١٣ س ١ ص ١٧٤.

إن مناط الاعتداد بالإنذار الصادر من البائع أو المشتري إلى الشفيع أن يكون رسميًا وأن يتضمن البيانات التي وردت بالنص والمقصود من بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة — أن يكون البيان الذي يتضمنه الإنذار للعقار من شأنه تعريف الشفيع به على نحو يمنع جهالته به بحيث يستطيع أن يتدبر أمر الصفقة فيأخذ بالشفعة أو يترك، ولا يعتبر مجرد خلو الإنذار من بيان حدود العقار أو أطواله أو مقاسه مرتبًا بذاته لبطلان الإنذار ما دام باقي البيانات الخاصة بالعقار المبيع كافية في وصفه وتعريف الشفيع به على نحو يمنع جهالته به دون اشتراط لبيان ما إذا كان العقار محملاً بحق إيجار من عدمه. وأنه ولئن كان تقدير كفاية البيانات المذكورة في الإنذار مما يستقل به قاضي الموضوع إلا أن شرط ذلك أن يكون استخلاصه سائغاً وله أصله الثابت بالأوراق. (الطعنان رقما ١٥٢٥، ١٢٦٩ س ٥٢ ق جلسة ١٩٨٦/٦/٣).

ولم يوجب الشارع أن يتضمن هذا الإنذار تسليمًا من المشتري بحق الشفيع في أخذ العقار البيع بالشفعة. وإنما أراد أن يقضي على كافة ضروب المنازعات التي كانت تثور في شأن علم الشفيع بالبيع وأن يتخذ من تاريخ الإنذار بدءًا لتحديد المدة المقررة لسقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة إن لم يعلن رغبته خلالها. (الطعن رقم ١٠٦٢ س ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/٣/١٤).

إذ العبرة في تحديد مساحة القدر المبيع وأبعاده بالبيانات الواردة بعقد البيع دون البيانات الواردة بالإنذار مما مؤداه أن البيان الذي يتمكن به الشفيع من معرفة العقار معرفة نافية للجهالة بأن كان متضمنا لموقع العقار وأوصافه وما يعتبر بحق بيانا كافيًا ولو لم يذكر به حدود العقار طالما أن البيانات التي تضمنها الإنذار من شأنها تبين تلك الحدود. (الطعن رقم ٢١٨٤ س ٥١ جلسة ١/٢٩/ ١٩٨٥)

٢- بيان الثمن والمصروفات[1] الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشترى ولقبه وصناعته وموطنه.

ويترتب على تخلف أحد البيانات السابقة بطلان الإنذار[2]، ولا يترتب عليه انفتاح ميعاد الخمسة عشر يومًا المسقط لحقه فى الأخذ بالشفعة، أى لا يسقط حق الشفيع فى الشفعة إذا لم يعلن رغبته خلال خمسة عشر يومًا من تاريخ الإنذار. مثال ذلك خلو الإنذار من بيان موطن البائع[3].

---

(١) المصروفات التى يتعين بيانها فى الإنذار هى تلك التى تم إنفاقها فى شأن إبرام التصرف أو التعاقد كالسمسرة والأتعاب منذ تاريخ البيع وحتى وقت الإنذار.
(الطعن رقم ٢١٨٤ س ٥١ق جلسة ١٩٨٥/١/٢٩)

المقصود من بيان الثمن والمصروفات الرسمية هو بيان الثمن الذى تم به البيع والمصروفات التى أنفقت فى التسجيل. (الطعنان رقما ١٢٥٢، ١٢٦٩ س ٥٢ق جلسة ١٩٨٦/٦/٣).

(٢) الإنذار الموجه من البائع أو المشترى إلى الشفيع. بياناته. م ٩٤١ مدنى. الغرض منه. إعلام الشفيع بالبيع وأطرافه وشروطه إعلامًا كافيًا. لازمه. إيضاح هذه البيانات به بلا إبهام ولا غموض. تخلف ذلك. أثره. بطلان الإنذار الموجه إلى الشفيع وعدم انفتاح ميعاد الخمسة عشر يومًا المسقط لحقه فى الأخذ بالشفعة. (الطعن رقم ٩٤٣ لسنة ٥٩ق، جلسة ١٩٩٣/٦/٨)

(٣) نقض ١٩٨١/٢/١٨ س ٣٢ ص ٥٤٩.

المقرر ــ وعلى ما جرى به قضاء النقض ــ أن علم الشفيع بحصول البيع لا يعتبر ثابتًا فى نظر المشرع إلا من تاريخ الإنذار الرسمى الذى يوجهه إليه البائع أو المشترى ولا يسرى ميعاد الخمسة عشر يومًا الذى يسقط حق الشفيع إذ لم يعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة قبل انقضائه إلا من تاريخ هذا الإنذار مما مؤداه أنه لا إلزام على الشفيع بإعلانه رغبته إلا بعد إنذاره من المشترى أو البائع ولو علم بالبيع قبل ذلك، فلا يعتد بعلمه إلا من ــ تاريخ هذا الإنذار، وإذا لم يتم الإنذار نص المشرع على سقوط الحق فى الشفعة إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع، ذلك أنه افترض افتراضًا غير قابل لإثبات
=

ولا يغنى عن الإنذار، في ترتيب الأثر السابق، أي وسيلة أخرى[1]، حتى لو كانت هذه الوسيلة تشمل تاريخًا ثابتًا، فلا يكفي توجيه خطاب مسجل بعلم الوصول مثلاً.

وينبغي توجيه الإنذار إلى الشفيع أو الشفعاء جميعًا في حالة تعددهم في موطن كل منهم، حتى ولو كانوا من طبقات مختلفة، وذلك لاحتمال عزوف أحدهم عن الشفعة مما يفتح باب الأخذ بها لمن يليه.

(ب) إعلان الرغبة:

يعلن الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة بورقة رسمية من أوراق المحضرين[2]، ولا يعتد بأية طريقة أخرى، كخطاب مسجل بعلم الوصول مثلاً.

العكس أن الشفيع علم بالبيع إذا سجله المشتري، ولكن لما كان علم الشفيع بوقوع البيع في هذه الحالة ليس إلا علمًا افتراضيًا فقد أطال المدة التي يتعين خلالها طلب الشفعة فجعلها أربعة أشهر من وقت التسجيل، فإذا أعلن الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشتري قبل انقضائها حفظ حقه من السقوط وتعين عليه اتباع باقي الإجراءات المنصوص عليها في المادتين ٩٤٢ و ٩٤٣ من القانون المدني ومنها رفع الدعوى في مدى ثلاثين يومًا من تاريخ إعلان الرغبة شأنه في ذلك شأن الشفيع الذي تم إنذاره. (الطعنان رقما ٥٥٦، ٥٥٧ س ٤٧ق جلسة ١٩٨٤/٤/١٧)

(١) نقض ١٩٨٠/٢/٢١ ص ٣١ ص ٥٨٣.

(٢) إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة لا يعدو أن يكون من أوراق المحضرين يسري عليه ما يسري على تلك الأوراق من أحكام الصحة والبطلان المنصوص عليها في قانون المرافعات. والنص في الفقرة الثانية من المادة ٢٠ من القانون المشار إليه على أنه "لا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء" مفاده أن المشرع – وعلى ما أوضحته المذكرة الإيضاحية – قدر أن الشكل ليس سوى وسيلة لتحقيق غاية معينة فالقانون عندما يتطلب شكلاً معينًا فإنما يرمي إلى تحقيق غاية يحققها توافر هذا الشكل أو البيان. وإذ ثبت تحقق الغاية رغم تخلف هذا الشكل أو البيان فإن من التمسك

وينبغى أن يتم الإعلان إلى كل من البائع والمشترى فى موطن كل منهما. ولا يغنى إعلان أحدهما عن إعلان الآخر. ولا يلزم إعلان الرغبة لهما فى نفس الوقت، بل المهم أن يتم ذلك فى الميعاد المحدد[1].

يجوز للشفيع إعلان رغبته فى ذات إعلان صحيفة الدعوى، مادام قد تم فى الميعاد، واستكمل جميع مقومات إعلان الرغبة[2]. حيث يمكن

بالشكليات القضاء بالبطلان. لما كان ذلك وكان البين من الإعلان الذى وجهه المطعون ضده الأول إلى الطاعن ــ المشترى ــ وباقى المطعون ضدهم ــ البائعين ــ أنه ينذرهم فيه باتخاذ الإجراءات الكفيلة للأخذ بالشفعة فى الحصة المبيعة والمعرفة فيه تعريفا نافيًا للجهالة والثمن المقدر لها. فإنه يكون قد تحققت به الغاية التى ابتغاها المشرع من إعلان الرغبة بالأخذ بالشفعة وهى إبلاغ الطاعن المشترى الرغبة فى أخذ الحصة المبيعة بالشفعة والحلول محله فى الصفقة بشروطها ومن ثم يكون النعى على غير أساس. (الطعن رقم ١١٨٤ س ٥٣ق جلسة ١٩٨٦/٢/٢٠)

(١) الحكم ببطلان إعلان البائع بالرغبة فى الشفعة لعدم اختصامه اختصامًا صحيحًا فى الميعاد المحدد. قضاء في الموضوع تستنفد به محكمة أول درجة ولايتها فى نظر الموضوع. علة ذلك. إلغاء محكمة ثانى درجة هذا القضاء وتصديها للفصل فى الموضوع. صحيح. (الطعن رقم ٩٢٣ لسنة ٥٩ق، جلسة ١٩٩٤/١/١٩)

(٢) نقض ١٩٧٠/١٢/١٠ ص ٢١ ص ١٢٢٧.

المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن القانون لم يستلزم حصول الرغبة بورقة مستقلة سابقة على إعلان صحيفة الدعوى، ومن ثم فلا على الشفيع إن أعلن رغبته فى ذات إعلان الصحيفة مادام قد تم فى الميعاد واستكمل جميع مقومات إعلان الرغبة وأن دعوى الشفعة من الدعاوى التى يوجب القانون اختصام أشخاص معينين فيها ــ وهم البائع والمشترى ــ ويجب رفعها خلال ثلاثين يومًا من تاريخ إعلان الرغبة وأن تصحيحها بإدخال صاحب الصفة فيها يجب ألا يخل بالميعاد المحدد لرفعها. (الطعن ٧١٧ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩١/٣/٢٠).

إيراد اسم المطعون ضده ــ أحد البائعين ــ فى ورقة إعلان صحيفة دعوى الشفعة مسبوقًا بلقب درج الطاعن على إثباته لكافة أسماء المعلن إليهم وثبوت إعلانه ــ

لـــه رفـــع الدعـــوى مباشـــرة على البائع والمشترى بشرط أن يعلنهما بصحيفة الدعوى خلال خمسة عشر يومًا من تاريخ الإنذار الموجه إليه، وذلك حتى تصلح الصحيفة لأن تكون إعلانا بالرغبة فى الأخذ بالشفعة حاصلاً فى الميعاد القانونى[1].

(ج) ميعاد إعلان الرغبة:

١- يجـــب علـــى الشفيع أن يعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة خلال خمســـة عشر يومًا من تاريخ الإنذار الرسمى الذى يوجهه إليه البائع أو المشترى، وإلا سقط حقه، ويزاد على هذه المدة ميعاد المسافة[2]. وهذه

بالـــرغبة فـــى الشـــفعة باسمه الصحيح مسبوقًا بهذا اللقب على موطنه، اعتبار إضـــافة هذا اللقب إلى الاسم من قبيل الخطأ المادى الذى لا يؤثر على صحته. قضـــاء الحكـــم ــ مع ذلك ــ بسقوط الحق فى الشفعة لاعتباره الإعلان موجهًا إلـــى غير بائع فى عقد البيع المشفوع فيه. خطأ. (الطعن رقم ١١٣٤ لسنة ٥٩ ق، جلسة ١٩٩٤/٦/١٦)

(١) نقض ١٩٨٣/٥/٢٣ س ٣٣ ص ٥٧٣.

(٢) العبـــرة فى احتساب ميعاد الخمسة عشر يومًا هى بحصول الإعلان فعلاً إلى الـــبائع والمشترى، وتسليم العريضة لقلم المحضرين. (الطعن رقم ٢٥ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٤٥/١٢/٢٩)

مـــيعاد الخمســـة عشر يومًا المحدد قانونًا لإبداء الرغبة فى الأخذ بالشفعة هو من المواعـــيد التي يزاد عليها ميعاد المسافة. وتحسب المسافة من محل الشفيع إلى محل المشفوع منه. (الطعن رقم ٦٣ لسنة ١٣ق، جلسة ١٩٣٩/١/٢٥)

وإذا كانـــت الفقرة (ب) من المادة ٩٤٨ من القانون المدنى صريحة فى النص على ســـقوط الحق فى الشفعة بعد مضى أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع وكان المقـــرر فـــى النص على سقوط حق إذا لم يستعمل فى مدة معينة يجب التزام حـــدوده فإن حق المطعون ضده الأول فى الشفعة لا يسقط بمضى أربعة أشهر على تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى المرفوعة بشأن عقد شراء الحصة المشفوع فيها. (الطعن ١١٨٤ س ٥٢ق جلسة ١٩٨٦/٢/٢٠)

المـــدة مـــيعاد سقوط، وليست مدة تقادم، ومن ثم لا يرد عليها وقف أو انقطاع.

٢- وإذا لم يوجه البائع أو المشترى إنذار صحيح إلى الشفيع، جاز لـــه إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة خلال أربعة أشهر من يوم تسجيل البيع، أو من تاريخ تسجيل الحكم الصادر فى دعوى صحة البيع، وليس من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى. وإذا لم يعلن الشفيع رغبته فى ذلك المـــيعاد ســـقط حقـــه، لأن مدة الأربعة أشهر تعتبر مدة سقوط، لا مدة تقادم.

٣- وللشفيع أن يعلن رغبته فى الشفعة دون انتظار وصول الإنذار إليه[1].

القانـــون المدنـــى وضـــع نظامًا خاصًا لإجراءات الشفعة وجعل إجراءاته مرتبطة ببعضـــها الـــبعض ارتباطًا وثيقًا وماسة بذات الحق، وتبدأ هذه الإجراءات، من جانب الشفيع من تاريخ إعلان الرغبة الذى أوجب القانون حصوله إلى كل من الـــبائع والمشترى خلال خمسة عشر يومًا من الإنذار الرسمى الذى يوجهه إليه أحـــد هـــذين الأخيرين أو خلال أربعة أشهر من تاريخ تسجيل عقد البيع إذا لم يكـــن الـــبائع أو المشترى قد بادر بإنذار الشفيع ويجب أن يتضمن إنذار الرغبة تحديـــد عقد البيع المشفوع فيه والعقار المطلوب الأخذ فيه بالشفعة والثمن الذى يعـــتد به الشفيع فإذا لم يقم الشفيع بإعلان رغبته إلى جميع البائعين والمشترين فى الميعاد وبالكيفية المبينة بالمادة ٩٤٠ من القانون المدنى سقط حقه فى الأخذ بالشفعة طبقًا للمادتين ٩٤٠، ٩٤٨ من ذات القانون. (الطعن ١٩٧ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٩١/٤/٢٨)

(١) لا إلـــزام على الشفيع بإعلان رغبته إلا بعد إنذاره من المشترى أو البائع، ولو علـــم بالبـــيع قبل ذلك فإنه يستطيع أن يبادر بإعلان رغبته بمجرد علمه بالبيع دون انتظار حصول الإنذار إليه إذ ليس فى القانون ما يحول دون ذلك. (نقض ١٩٨٤/١/١٨ س ٣٥ ص ٢٣١؛ الطعـــن رقم ١٧٣ لسنة ٥٤ق، جلسة ١٤/٣/ ١٩٩١)

٤- إذا لم يوجه إلى الشفيع إنذار صحيح، ولم يسجل عقد البيع أو الحكم الصادر بصحته، فإنه يجوز للشفيع أن يعلن رغبته فى الشفعة خلال خمس عشرة سنة من تاريخ البيع طبقا للقواعد العامة.

٥- وتقرر محكمة النقض بأن بطلان إجراءات الإعلان لا تتصل بالنظام العام فلا يجوز للطاعنين التحدى ببطلان إعلان الرغبة فى الشفعة لأول مرة أمام محكمة النقض[١].

(د) تسجيل إعلان الرغبة:

إن تسجيل الشفيع لإعلان الرغبة ليس إجراء من إجراءات الشفعة، ولكن هذا التسجيل ضرورى للاحتجاج به على الغير، فمن شأن هذا التسجيل حماية الشفيع من التصرفات التى يجريها المشترى على العقار المشفوع فيه.

فإذا سجل الشفيع إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة، فإن هذا الإعلان يكون حجة على الغير. وهم الأشخاص الذين ينصرف إليهم المشترى فى العقار أو تترتب لهم حقوق عليه. ومن ثم لا يسرى فى حق الشفيع أى تصرف يصدر من المشترى أو أى حق ترتب ضده. أما قبل تسجيل الرغبة فإنه تسرى فى حق الشفيع تصرفات المشترى والحقوق التى ترتبت ضده.

فمن المقرر أنه لا يسرى فى حق الشفيع أى رهن رسمى أو أى حق اختصاص أخذ ضد المشترى ولا أى بيع صدر من المشترى ولا أى حق عينى رتبه أو ترتب ضده، إذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة، ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدين ما كان لهم من حقوق الأولولية فيما آل إلي المشترى من ثمن العقار[٢].

---

(١) نقض ١٩٨٢/٦/٢٤س ٣٣ ص ٨٢٧.

(٢) م ٩٤٧ مدنى، جمال ذكي، ص٤٧١.

ويترتب على ذلك أنه إذا باع المشترى العقار بعد تسجيل إعلان الرغبة، فلا يسرى هذا البيع فى حق الشفيع، ويكون من حقه الأخذ بالشفعة من المشترى الأول بنفس الشروط التى اشترى بها. ولا تسرى فى حق الشفيع الحقوق التى قد يرتبها المشترى على العقار بعد تسجيل إعلان رغبة الشفيع، كرهنه مثلاً، ويتلقى العقار خاليًا من هذه الحقوق.

(هـ) مشكلة توالى البيوع:

إذا اشترى شخص عينًا تجوز الشفعة فيها ثم باعها قبل أن تعلن أية رغبة فى الشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشترى الثانى وبالشروط الذى اشترى بها[1].

يتضح من ذلك أنه إذا اشترى شخص عقارًا تجوز فيه الشفعة ثم باعه قبل إعلان أية رغبة فى الشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة، فإن هذا البيع يسرى فى حق الشفيع، ولا يجوز له الأخذ بالشفعة إلا من المشترى الثانى وبنفس الشروط التى اشترى بها. وتطبق نفس القاعدة إذا توالت البيوع بعد ذلك[2].

---

(١) م ٩٣٨ مدنى.

(٢) مفاد نص المادة ٩٣٨ من القانون المدنى أنه إذا صدر من مشترى العقار المشفوع فيه بيع لمشتر آخر قبل أن تعلن أية رغبة فى الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة فإن هذا البيع يسرى فى حق الشفيع، فإذا ما ثبت حصول البيع من المشترى الأول للثانى فإنه يتعين على الشفيع أن يستعمل حقه قبل المشترى الثانى بالشروط وبالثمن الذى تم به ذلك البيع الثانى ولا عبرة بعد ذلك بما إذا كان طرفا العقد الأول قد أنذرا الشفيع بحصول البيع الأول من عدمه لأن هذا الإنذار قد شرع لإخطار الشفيع بوقوع البيع الذى يجوز الأخذ فيه بالشفعة وبالثمن وشروط البيع حتى إذا ما رأى الأخذ بالشفعة أعلن رغبته فى ذلك فى خلال الميعاد الذى يبدأ سريانه من تاريخ الإنذار الرسمى. فإذا بادر الشفيع بإعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة دون انتظار الإنذار الرسمى بالبيع فإن مناط سريان البيع الثانى فى حقه مرهون بثبوت حصول هذا البيع قبل إعلان الرغبة فى الشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة ولا يحق للشفيع أن يتحلل

وهــنا ينبغى توجيه الإجراءات إلى كل من المشترى الأول بصفته بائعًــا والمشترى الثانى، بصفته المشفوع منه. ولا يلزم اختصام البائع الأول[1]، ولا يشترط أن يكون البيع الثانى مسجلاً أو ثابت التاريخ، بل يكفى انعقاده قبل تسجيل إعلان الرغبة[2].

ويجــب أن يكــون البــيع الثانى مما تجوز فيه الشفعة. فإذا باع المشترى العقار، قبل تسجيل إعلان الرغبة، لأحد أقرباءه المحددين، أو لإحــدى دور العبادة، فلا يجوز للشفيع الأخذ بالشفعة لا فى البيع الأول ولا فى البيع الثانى.

وتثور الصعوبة إذا كان البيع الثانى، الذى تم قبل تسجيل الرغبة، صــوريًا. هــنا يجوز للشفيع، باعتباره من الغير، إثبات تلك الصورية بكافــة طرق الإثبات. فإذا نجح فى ذلك اعتبر البيع الصادر من المالك للمشــترى الأول قائمًــا وهو الذى يعتد به فى الشفعة، دون البيع الثانى ومن ثم لا يلتزم الشفيع بتوجيه طلب الشفعة إلى المشترى الثانى.

ولكــن يجب أن يتم إثبات الصورية فى مواجهة المشترى الأخير لأنــه صاحب شأن فى نفى صورية عقد سلفه وإثبات حقه ليكون الحكم

مــن اختصام المشترى الثانى على أى وجه طالما قد ثبت حصول البيع الثانى. (الطعن رقم ٨٥٩ س ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/٢/٢١)

(١) نقض ١٩٥٤/٣/٤ س ٥ ص ٥٨٣.

(٢) مؤدى نص المادتين ٩٢٨، ٩٤٧ من القانون المدنى أن بيع العين التى تجوز الشــفعة فــيها بــيعًا ثانيًا ساريًا فى حق الشفيع يوجب عليه أن لا يطلب أخذها بالشــفعة إلا مــن المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها وأن البيع الثانى يســرى فى حق الشفيع إذا كان قد تم فعلاً قبل تسجيل رغبته فى الأخذ بالشفعة فــلا يشترط أن يكون ثابت التاريخ أو يكون قد أنذر به رسميًا أو علم به علمًا واقعيًا. (طعن ٥٤٢٤ س ٦٣ق جلسة ١٩٩٤/١٠/١٩).

الصـــادر بشأن هذا العقد حجة له أو عليه، ويتحقق ذلك باختصامه فى دعوى الشفعة أو بإدخاله أو بتدخله فيها[1].

فإذا صدر حكم بصورية عقد المشترى الثانى جاز طلب الشفعة فى البـــيع الأول. أما إذا رفضت دعوى الصورية تعين على الشفيع اتخاذ إجراءات الشفعة فى مواجهة المشترى الثانى. ذلك أن دعوى الشفعة من الـــدعاوى التـــى يوجب القانون فيها اختصام أشخاص معينين هم البائع

(١) إن بـــيع العـــين التى تجوز الشفعة فيها بيعًا ثانيًا ساريًا فى حق الشفيع يوجب عليه أن لا يتطلب أخذها بالشفعة إلا من المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بهـــا، وأن البـــيع الثانـــى يسرى فى حق الشفيع إذا كان قد تم فعلاً قبل تسجيل رغبته فى الأخذ بالشفعة فلا يشترط أن يكون ثابت التاريخ أو أن يكون قد أنذر بـــه رســـميًا أو علم به علمًا واقعيًا وإن كان لا يتصور طلبه الأخذ بالشفعة من المشـــترى الثانى على أساسه إلا بعد علمه به فذلك مما يتعلق بالإمكان الواقعى لا يتوافـــر الشروط التى يتطلبها القانون فى طلب أخذ العين بالشفعة، إلا أنه إذا ادعـــى الشفيع صورية العقد الصادر للمشترى الثانى وأفلح فى إثبات ذلك اعتبر البـــيع الصـــادر مـــن المالك للمشترى الأول قائمًا وهو وحده الذى يعتد به فى الشـــفعة دون البـــيع الثانى الذى لا وجود له بما يغنى الشفيع عن توجيه طلب الشـــفعة إلى المشترى الثانى، على أنه يجب أن يتم إثبات الصورية فى مواجهة المشـــترى الثانـــى لأنه هو صاحب الشأن الأول فى نفى هذه الصورية وإثبات جدية عقده وليكون الحكم الذى يصدر بشأن عقده حجة له أو عليه، ويتحقق ذلك باختصامه فى دعوى الشفعة مع تمسك الشفيع بالبيع الأول ودفعه بصورية البيع الثانـــى صورية مطلقة أو بإدخاله أو تدخله خصمًا فى الدعوى قبل الفصل فيها دون اعـــتداد بأن يتم هذا الإدخال أو التدخل فى المواعيد المحددة بطلب الشفعة وعـــندئذ يتعـــين على المحكمة أن تفصل فى الدفع بالصورية إذ يتوقف مصير دعـــوى الشفعة على ثبوت الصورية من عدمه وبصدور حكم ضد الشفيع بعدم صـــورية عقد المشترى الثانى لا تصح إجراءات الشفعة فى البيع الأول ويجب توجـــيه طلـــب الشفعة فى البيع الثانى. (الطعن ١٧٥١ س ٥٤ق جلسة ٢٦/٥/١٩٩١؛ الطعن ٩٨٤ س ٥٩ق جلسة ١٩٩٤/١/١٢)

والمشترى وإن تعددوا، ومن ثم يترتب على عدم اختصام أحد المشترين الأخيرين عدم قبول دعوى الشفعة[1].

المطلب الثانى
إيداع الثمن

"خــلال ثلاثــين يوماً على الأكثر من تاريخ هذا الإعلان (إعلان الــرغبة فــى الأخذ بالشفعة) يجب أن يودع خزانة المحكمة الكائن فى دائــرتها العقار كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع، مع مراعاة أن يكــون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى بالشفعة، فإذا لم يتم الإيداع فى هذا الميعاد على الوجه المتقدم سقط حق الأخذ بالشفعة"[2]

(أ) إيداع كل الثمن الحقيقى (الثمن الصورى):

يــوجب القانون على الشفيع إيداع كل الثمن الذى حصل به البيع وذلك لضمان الجدية فى طلب الشفعة[3].

---

(١) دعــوى الشفعة لا تكون مقبولة إلا إذا دارت الخصومة فيها بين جميع أطرافها مهمــا تعــددوا، الأمر الذى يستلزم أن توجه الدعوى إلى المشترى الثانى ولو ادعى بصورية عقده، إذ هو صاحب الشأن الأول فى نفى هذه الصورية وإثبات جديــة عقــد شرائه، وحتى يكون الحكم الذى يصدر بشأن هذا العقد حجة له أو عليه. وإذا لم يختصم تكون الدعوى غير مقبولة. (الطعن ٩٣٤ س ٥٢ق جلسة ١٩٨٦/٣/٦)

إذا ادعى الشفيع فى مواجهة المشترى الثانى بصورية عقد هذا المشترى وأفلح فى إثبات هذه الصورية، اعتبر البيع الثانى غير موجود قانوناً وكان البيع الأول هو وحــده الــذى يعــتد بــه فى الشفعة، ولا تقبل من المشترى الثانى الطعن على إجــراءات وشــروط الشفعة فى هذا البيع لانعدام مصلحته القانونية فى الطعن عليها. (الطعن ٩٦٣ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٩٢/٤/٢٨)

(٢) م ٢/٩٤٢ مدنى، السنهوري، ص ٦٥٥.

(٣) يجــب علــى الشفيع أن يودع كل الثمن المسمى بالإنذار باعتباره ــ وعلى ما جــرى به قضاء النقض ــ الثمن الحقيقى إلى أن تثبت صوريته أو الثمن الذى يدعــى تحــت مســئوليته أنه الثمن الحقيقى وأن يرفع دعوى الشفعة فى خلال =

وتثور الصعوبة بالنسبة للثمن الصورى الذى قد يذكره الطرفان فى العقد أكبر أو أقل من الثمن الحقيقى، وقد لا يعلم الشفيع الثمن:

١- قد يكون الثمن المذكور فى العقد أكبر من الثمن الحقيقى، حيث إنه غالبًا ما يتم التواطؤ بين البائع والمشترى على وضع ثمن فى العقد لا يمثل الحقيقة بقصد تعجيز الشفيع عن طلب الشفعة.

يستطيع الشفيع أن يودع ما يقدر أنه الثمن الحقيقى[1]. ولكن يتعين عليه حينئذ إثبات صورية الثمن. وهو بوصفه من الغير له أن يثبت ذلك بكل طرق الإثبات. فإذا عجز عن ذلك سقط حقه فى الأخذ بالشفعة. ولا يقبل منه تكملة الثمن بعد ذلك ولو أثناء نظر الدعوى لأنه يكون قد تخلف عن إيداع الثمن قبل رفع الدعوى[2]. لذلك يكون من الأحوط

ثلاثين يومًا من تاريخ إعلان الرغبة، بحيث إذا سكت عن ذلك فلم يعلن عن رغبته أو لم يودع الثمن أو لم يرفع الدعوى فى الميعاد المحدد سقط حقه فى الأخذ بالشفعة. (نقض ١٩٨٥/١/٢٩ س ٣٦ ص ١٧٠).

التزام الشفيع بدفع الثمن الحقيقى الذى حصل الاتفاق عليه قل هذا الثمن عن القيمة الحقيقية أو زاد عليها، اعتبار الثمن المسمى فى العقد هو الثمن الحقيقى ما لم يثبت الشفيع صوريته. (الطعن رقم ٧٤٧٤ لسنة ٦٥ق، جلسة ١٩٩٦/١١/٢٠)

(١) ولما كان هذا النص صريحًا فى أن ما يجب إيداعه هو كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع، فإن اشتراط إيداع الثمن المسمى فى العقد ولو كان صوريًا يعد قيدًا لا يحتمله النص. (نقض ١٩٩١/٤/١ س ٣١ ص ١٠٠٦)

(٢) الثمن الذى توجب المادة ٩٤٢ من القانون المدنى على الشفيع إيداعه حتى لا يسقط حقه فى الأخذ بالشفعة هو الثمن الذى حصل الاتفاق عليه بين البائع والمشترى وانعقد به البيع ولا يكون هذا الثمن دائمًا هو الثمن المسمى فى العقد إذ يحتمل أن يكون هذا الثمن غير حقيقى بقصد تعجيز الشفيع عن الأخذ بالشفعة، وللشفيع أن يطعن فى هذا الثمن بالصورية وله أن يثبتها بطرق الإثبات القانونية كافة بحيث إن عجز عن إثباتها اعتبر أنه قد تخلف عن الإيداع المفروض عليه قانونا إن كان المبلغ الذى أودعه يقل عن الثمن المسمى فى العقد. (نقض ١٩٦٣/١٢/٥ س ١٤ص ١١٣١)

للشفيع إيداع الثمن المذكور فى العقد، ثم يثبت الصورية أثناء نظر الدعوى[1].

٢- قد يكون الثمن المذكور فى العقد أقل من الثمن الحقيقى للتهرب من رسوم التسجيل مثلاً. هنا يجوز للشفيع باعتباره من الغير أن يأخذ بالظاهر ولا يلتزم إلا بدفع الثمن المذكور فى العقد. ولكن بشرط أن يكون حسن النية لا يعلم بصورية الثمن. فإذا استطاع المتعاقدان إثبات علمه بالثمن الحقيقى المستتر جاز لهما الاحتجاج به عليه[2].

٣- وتثور الصعوبة إذا كان الشفيع لا يعلم الثمن الذى حصل به البيع لأنه لم يتم إنذاره من جانب البائع أو المشترى، كما أن المشترى لم يقم بتسجيل عقده. هنا يجوز للشفيع أن يودع الثمن الذى يعتقد أنه يقابل قيمة العقار، ويجوز له تكملة الثمن بمجرد علمه به قبل رفع الدعوى[3].

---

(١) إذا كان طالب الشفعة لم يودع كل الثمن طبقًا لما توجبه المادة ٩٤٢ من القانون المدنى بعد أن علم به علمًا يقينيًا من عقد البيع الذى قدمته المشترية، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بسقوط حقه فى الأخذ بالشفعة لعدم إيداعه كل الثمن الحقيقي الذى حصل به البيع وذلك بالتطبيق لنص الفقرة الثانية من المادة ٩٤٢ من القانون المدنى يكون قد طبق القانون تطبيقًا صحيحًا، لأنه إذا صح لطالب الشفعة أن يحتج بعدم علمه بحقيقة الثمن الذى حصل به البيع عند الإيداع ورفع دعوى الشفعة فإنه لا يكون لهذا الاحتجاج وجه بعد تقديم عقد البيع من المشترية الثابت به الثمن الذى حصل به البيع، كما لا يعفى طالب الشفعة من إيداع هذا الثمن كونه طعن عليه بالصورية لأنه فى هذه الحالة يكون مجازفا فيتحمل خطر هذه المجازفة إذا أخفق فى إثبات هذه الصورية. (نقض ١/٥/١٩٦٩ س٢٠ ص ٧٠٦)

(٢) نقض ١٣/١٢/١٩٧٩ س ٣٠ ص ٢٦٢.

(٣) إذا كان الشفيع ـ فى حالة عدم إنذاره بالبيع ـ ليس له من سبيل إلى معرفة الثمن الحقيقى الذى تم به هذا البيع، فيجوز له إيداع الثمن الذى يعتقد أنه مقابل

٤- ويستقر قضاء النقض على أن استخلاص الثمن الحقيقى هو من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع متى أقام قضاءه على أسباب سائغة[1]. وأن المنازعة الموضوعية فى تقدير ثمن الأطيان المشفوع فيها، لا يجوز إثارتها لأول مرة أمام محكمة النقض[2].

وتطبيقًا لذلك قضت بأنه إذا استعرضت محكمة الموضوع مستندات الخصوم وناقشت شهادة الشهود وساقت القرائن واستخلصت من كل ذلك استخلاصًا سائغًا له أصله الثابت فى أوراق الدعوى أن الثمن صورى وأن حقيقة الثمن هو كذا وليس أكثر من ذلك ــ كانت فى حدود سلطتها الموضوعية فى تقدير الأدلة مما تستقل به دون رقابة عليها من محكمة النقض[3].

وقضت بأن التفات الحكم المطعون فيه عن طلب الطاعن إحالة الدعوى للتحقيق لإثبات الثمن الحقيقى للأرض المشفوع فيها وأخذه بتقرير الخبير الذى بنى على اعتبارات تتعلق بقيمة العين المشفوع فيها

البيع على أن يكمله عندما يتحقق من الثمن الحقيقى فيصح الإيداع. (الطعن رقم ٢٤٩٢ لسنة ٥٧ق، جلسة ٢٨/١١/١٩٩٠).

عدم إنذار الشفيع بالبيع. أثره. جواز إيداعه الثمن الذى يعتقد أنه مقابل البيع على أن يكمله عندما يتحقق من الثمن الحقيقى فيصح الإيداع. تخلف الشفيع عن إيداع الفرق بين الثمن الحقيقى الذى قدره الخبير والمبلغ الذى كان قد أودعه على أنه الثمن الذى علم أن البيع حصل به. أثره. سقوط حقه فى الأخذ بالشفعة. (الطعن رقم ١٠٣٧ لسنة ٦٣ق، جلسة ٩/١٢/١٩٩٣).

(١) الطعن رقم ٢٣٣٠ س ٥٧ ق جلسة ١٧/٤/١٩٨٦.

(٢) نقض ١٠/١/١٩٧٨ س ٢٩ ص ١١٥.

(٣) نقض ٢/٤/١٩٥٩ س ١٠ ص ٢٠٣.

وقــت البــيع دون الثمن الحقيقى المتفق عليه. خطأ فى القانون وإخلال بحق الدفاع[1].

(ب) الملحقـــات:

لا يلتزم الشفيع بإيداع الملحقات مع الثمن، حيث لم يرد بها تكليف فـــى القانون[2]. ويقصد بملحقات الثمن المصروفات التى تم إنفاقها فى ســبيل إتمـــام الصـــفقة، كـــنفقات كتابة العقد ورسوم التوثيق والدمغة والسمسرة[3].

ولا يلتـــزم الشفيع بإيداع أي مبالغ أخرى غير الثمن الحقيقى حتى ولو تعلقت بمقابل البناء أو الغراس الذى قد يكون المشترى أقامه بالعقار

---

(١) الطعن رقم ٧٤٧ لسنة ٦٥ق ، جلسة ١٩٩٦/١١/٢٠)

الـــثمن الحقيقـــى. اســـتقلال محكمة الموضوع باستخلاصه متى كان سائغا. اعتداد الحكـــم المطعون فيه فى تحديد الثمن الذى تمت به الصفقة بتقدير الخبير لقيمة العقـــار المشفوع فيه وقت البيع استنادًا إلى حركة السعر السائد وقتذاك . عيب. (الطعن رقم ٧٤٧٤ لسنة ٦٥ق، جلسة ١٩٩٦/١١/٢٠

(٢) جـــرى قضـــاء هذه المحكمة بعد العمل بالقانون المدنى الحالى على تقرير أن الشـــارع قـــد تعمد إغفال ملحقات الثمن فيما يجب إيداعه اكتفاء منه بتقييد حق الشـــفعة بإيداع الثمن الحقيقى فحسب مما يوجب معه إعمال هذا القيد فى أضيق الحدود فلا ينسحب إلى الملحقات التى لم يرد بها تكليف فى القانون. (نقض ٨/ ١٩٨١/١ س ٣٢ ص ٩٣٢).

(٣) المقصود من بيان الثمن والمصروفات الرسمية هو بيان الثمن الذى تم به البيع والمصروفات التى أنفقت فى التسجيل. (الطعنان رقما ١٢٥٢، ١٢٦٩ لسنة ٥٢ ق، جلسة ١٩٨٦/٦/٣).

المصروفات التى يتعين بيانها فى الإنذار إن كانت فهى تلك التى تم إنفاقها فى شأن إبـــرام التصـــرف أو الـــتعاقد كالسمسرة والأتعاب منذ تاريخ البيع وحتى وقت الإنذار. (نقض ١٩٨٥/١/٢٩ س ٣٦ ص ١٧٠)

والــذى يحــق لــه اقتضاءه من الشفيع[1]. ومن ثم فإن عدم إيداع تلك الملحقات أو المبالغ المستحقة للمشترى لا يترتب عليه سقوط حق الأخذ بالشفعة[2].

---

(١) وأن عبارة كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع لا تتسع لأن يكون المستحق للمشترى مقابل البناء أو الغراس. مما يجب على الشفيع إيداعه فى الثمن ، وكل مــا يــتولد للمشترى فى هذه الحالة هو حقه فى مطالبة الشفيع بمقابل البناء أو الغراس سواء تم ذلك أثناء نظر دعوى الشفعة كطلب عارض منه أو رفعت به دعوى مستقلة. ويبنى على ذلك أن عدم إيداع الشفيع هذا المقابل لا يترتب عليه سقوط حقه فى الأخذ بالشفعة إذ لو أراد المشرع أن ينسحب الجزاء المقرر حالة الــتخلف عــن إيداع مقابل البناء أو الغراس الذى يأتيه المشترى على الأرض المشفوع فيها، لما أعوزه النص على ذلك صراحة، ومن ثم فإن القول بغير ذلك فــيه إضــافة لإجراء من إجراءات الشفعة لا يتطلبه القانون وإعمال الجزاء فى غير النطاق الذى حدده. (الطعن رقم ١٠١٣ لسنة ٥٣ق، جلسة ١٩٨٧/٢/٤)

(٢) ولــئن كــان المشرع لم يلزم الشفيع سوى بإيداع الثمن الحقيقى فحسب وأغفل ملحقــات الــثمن فــيما يجب إيداعه بما ينبنى عليه عدم سقوط الحق فى الأخذ بالشــفعة فى حالة عدم إيداع الملحقات إلا أن دعوى الشفعة تتسع مع هذا لبحث النــزاع الذى يقوم بين طرفى الخصومة حول الزام الشفيع بأداء ملحقات الثمن مــن مصروفات رسمية وغير رسمية بحيث يتعين على المحكمة أن تفصل فى هــذه المــنازعة سواء أثيرت من جانب الشفيع أو المشترى مادامت مطروحة علــيها ــ لمــا كــان ذلك وكان البين من الأوراق أن الشفعاء المطعون ضدهم طلــبوا الحكــم بأحقيــتهم فــى أخــذ العقار بالشفعة مقابل الثمن والمصاريف والملحقــات، وأن الخصــوم تجادلوا أمام محكمة الدرجة الأولى دفعاً ورداً فى شأن قيمة هذه الملحقات، ووجه الشفعاء للطاعنين اليمين الحاسمة فى شأن قيمة السمســرة ومصاريف المهندس الذى عاين العقار ــ كما استمرت المجادلة بين الخصــوم فى ذلك الشأن أمام محكمة الاستئناف بما مؤداه أن النزاع بشأن قيمة الملحقات التى يلزم الشفعاء بدفعها للطاعنين كان مطروحاً مع طلب الشفعة أمام محكمــة الموضــوع، ومن ثم فهى تلتزم بالفصل فيه باعتبار أن الخصومة حق مشــترك بين طرفيها وقد طرح كل منهما أمر هذه الملحقات فى دفاعه وطلباته الموضوعية فى الدعوى بما ينتفى معه وجه القول بوجوب المطالبة بها استقلالاً

(ج) وجوب إيداع الثمن المؤجل:

قـد يتضـمن عقد البيع المشفوع فيه منح المشترى أجلاً لدفع كل الثمن أو بعضه، فهل يستفيد الشفيع من هذا الأجل؟

لا يجوز للشفيع الاستناد إلى مثل هذا الأجل، بل يتعين عليه إيداع كـل الـثمن الحقيقى فى الميعاد المحدد، لأن هذا الإجراء شرط أوجبه القانون لقبول دعوى الشفعة، ولا يملك البائع الإعفاء منه. ويملك البائع منح الشفيع الأجل الممنوح للمشترى وذلك بعد تمام الأخذ بالشفعة قضاء أو رضاء[1].

بطلب عارض رغم كونها مطروحة فعلاً من جانب الطرفين وتناضلهم على أن الشـفيع لا يلزم بإيداع ملحقات الثمن بخزينة المحكمة وأن الطاعنين وشأنهم فى المطالـبة بهـا بدعـوى مسـتقلة بعد أن تقاعسوا عن اتخاذ الإجراء المناسب للمطالـبة بهـا فـى دعوى الشفعة فإنه يكون معيبًا بمخالفة القانون والخطأ فى تطبيق القانون. (نقض ١٩٨٥/٤/٩ س ٣٦ ص ٥٦٥)

(١) إن إيـداع كامـل الثمن الحقيقى فى ذلك الميعاد هو شرط لقبول دعوى الشفعة فـلا يملك البائع إعفاء الشفيع من شرط أوجبه القانون، لأنه فضلاً عن أن هذا الإعفـاء مخالـف لصريح النص، فإن الشرط المذكور لم يتقرر لمصلحة البائع وحـده، وإنما وضع لمصلحة من يكون له الحق فى الثمن المودع كله أو بعضه عندما يثبت حق الشفعة بحكم نهائى، سواء كان صاحب هذا الحق هو المشترى الذى عجل كل الثمن أو بعضه للبائع، أم هو البائع الذى لم يستوف الثمن كله أو بعضـه ولا تعارض بين اشتراط القانون هذا الإيداع لقبول دعوى الشفعة وبين مـا نـص علـيه فى المادة ٢/٩٤٥ من القانون المدنى من أنه لا يحق للشفيع الانـتفاع بالأجل الممنوح للمشترى فى دفع الثمن إلا برضاء البائع، ذلك أن هذا النص الأخير إنما ورد بصدد بيان آثار الشفعة، أى بعد أن يثبت حق الشفيع فى الشـفعة رضاء أو قضاء، ويصبح الثمن من حق البائع وحده، فيكون له فى هذه الحالة أن يمنح الشفيع فى الوفاء به الأجل الممنوح للمشترى، ومن ثم لا يجوز اسـتنادًا إلى هذا النص تخويل البائع حق الإعفاء من شرط أوجبه القانون لقبول دعوى الشفعة. (نقض ١٩٧٦/١/٢٩ س ٢٧ ص ٣٤٧).

ويكـــون للمحكمة عند عدم القيام بإيداع الثمن أن تحكم، من تلقاء نفســـها، بســـقوط حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة، ذلك أن إيداع الثمن لم يتقـــرر لمصــــلحة البائع وحده ، بل لمصلحة كل من يكون له الحق فى الثمن المودع كله أو بعضه عندما يُحكم بالشفعة، سواء كان صاحب هذا الحـــق هو المشترى الذى عجل كل الثمن، أم هو البائع الذى لم يستوف الثمن كله أو بعضه، أم الدائنون المقيدة حقوقهم.

(د) ميعاد ومكان الإيداع:

١- يجـــب على الشفيع إيداع الثمن خلال ثلاثين يومًا على الأكثر من تاريخ إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشترى. وإذا تـــم إعـــلان أحدهما قبل الآخر، فالعبرة بالإعلان الأخير[1]. ويبدأ حســـاب الميعاد من اليوم التالى لتسليم إعلان الرغبة[2]. ومدة الثلاثين يومًا مدة سقوط لا مدة تقادم، وبالتالى لا يرد عليها الوقف ولا الانقطاع.

٢- يجـــب أن يـــتم إيـــداع الثمن قبل رفع الدعوى، وينبغى رفع الدعـــوى خلال ثلاثين يومًا من تاريخ إعلان الرغبة. ومن ثم يجب أن يكـــون الإيداع قد تم قبل إعلان صحيفة الدعوى إلى البائع والمشترى. ويتعـــين على المحكمة أن تتحقق من أن الإيداع قد تم قبل رفع دعوى الشفعة.

---

(١) وإذا وصـــل إعلان طلب الشفعة إلى البائع وإلى المشترى فى يومين مختلفين فـــتكون العبرة بآخر هذين اليومين، فيسرى ميعاد الثلاثين يومًا من اليوم التالى لليوم الذى وصل فيه الإعلان الأخير للبائع أو المشترى. (الطعنان رقما ٥٥٦، ٥٥٧ س ٤٧ق جلسة ١٩٨٤/٤/١٧)

(٢) نقض ١٩٨١/٤/٢٦ ص ٣٢ ص ١٣٣٤.

لا شــك أن إيــداع الثمن ثم رفع الدعوى كل منهما إجراء مستقل وضــروري للأخذ بالشفعة، ويتعين إتمام الإجرائين في الميعاد المقرر على سبيل التعاقب دون اشتراط أي فاصل زمني بينهما[1].

٣- ويجــب أن يــتم إيداع الثمن في خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار[2]. وهي المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة. فإذا تم إيــداع الثمن خزانة محكمة غير مختصة سقط حق الأخذ بالشفعة. وقد قضـــى بوجــوب سقوط الحق في الشفعة إذا أودع الشفيع الثمن خزانة المحكمة الجزئية دون المحكمة الابتدائية الواقع بدائرتها العقار المشفوع فــيه والتــي أحــيلت إليها الدعوى لنظرها باتفاق الخصوم باعتبارها المحكمة المختصة[3].

---

(١) ما كان هدف المشرع من شرط إيداع الثمن قبل رفع دعوى الشفعة ــ على ما جــرى بــه قضاء محكمة النقض ــ هو ضمان الجدية في طلب الشفعة، دون تحديــد فاصــل زمني معين بين الإيداع ورفع الدعوى. وإذ يتحقق هذا الهدف بأســبقية الإيــداع أو القبلية على رفع الدعوى. فإن اشتراط حصول الإيداع في الــيوم الســابق يعد قيدًا آخر لا يحتمله نص المادة ٢/٩٤٢ من القانون المدني. (نقض ١٩٧٠/١٢/١٠ س ٢١ ص ١٢٢٧)

إيداع كامل الثمن الحقيقي في الميعاد هو شرط لقبول دعوى الشفعة فإن تخلف هذا الشــرط لا يمــنع الشــفعاء من تداركه وإعلان رغبتهم في أخذ أرض النزاع بالشفعة في صحيفة الدعوى التي رفعت رأسًا على البائعين والمشترين مادامت إجــراءات هذه الدعوى قد اتخذت في وقت كان ميعاد إعلان الرغبة في الأخذ بالشــفعة لــم يزل مفتوحًا بسبب عدم توجيه الإنذار إلى الشفعاء بحصول البيع أصلاً. (طعن ١٧٢ س ٥٤ق جلسة ١٩٩١/٢/١٤)

(٢) إن القانون لم يشترط سوى إجراء إيداع الثمن خزينة المحكمة دون أن يستلزم إتمــام هذا الإجراء بطريق العرض والإيداع المنصوص عليها بالمادة ١/٤٨٨ من قانون المرافعات. (الطعن رقم ١٧١٧ س ٥٢ ق جلسة ١٩٨٥/٦/٢٥).

(٣) نقض ١٩٧٨/٦/٢٨ س ٢٩ ص ١٥٩٥.

٤- ويجوز إيداع الثمن بواسطة الشفيع أو نائبه[١].

(هـ) جزاء مخالفة أحكام إيداع الثمن:

إذا لم يقم الشفيع بإيداع الثمن الحقيقى طبقًا للأحكام المذكورة، سقط حقــه فى الشفعة. ويكون السقوط بصفة نهائية، ومن ثم لا يجوز للشفيع إعادة الإجراءات من جديد بصدد العقد المشفوع فيه[٢].

ويتعلق هذا الجزاء بالنظام العام، ومن ثم يجوز للمحكمة أن تقضى بـــه مـــن تلقـــاء نفسها. ويجوز لمحكمة النقض أن تثير ذلك فى الطعن باعتـــباره مسألة تتعلق بالنظام العام متى كانت واردة على ما رفع عنه

---

(١) المقـــرر أن جمـــيع التصـــرفات القانونية التى يجوز للشخص أن يقوم بها قد يباشـــرها بنفســـه أو عـــن طريق من ينوب عنه قانونا سواء كانت هذه النيابة قانونـــية أو قضـــائية أو اتفاقية. وكانت النيابة الاتفاقية لا يشترط لقيامها بحسب الأصل شكلاً معينًا، ويجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات القانونية. ولئن كان إيداع ثمـــن العقـــار المشفوع فى خزينة المحكمة وفى الموعد الذى حدده القانون من الإجراءات اللازمة لقبول دعوى الشفعة وإلا سقط الحق فى طلبها إلا أنه إجراء ســـابق علـــى رفعهـــا ولا يعتبـــر من إجراءات الدعوى ذاتها التى تبدأ بإيداع صـــحيفتها قلـــم كـــتاب المحكمة ومن ثم يكون الوفاء بهذا الالتزام الذى فرضه القانون جائزًا من الوكيل ولو لم تكن وكالته رسمية. لما كان ذلك وكان لمحكمة الموضـــوع السلطة المطلقة فى تفسير صيغ المحررات مادام تفسيرها لها سائغا ولا تخـــرج عـــن حقيقة مدلولها. وكان الحكم المطعون فيه قد استدل على نيابة ابـــن المطعـــون ضده الثانى عن المطعون ضده الأول فى إيداع الثمن بما ورد بعبارات محضر الإيداع من أنه أودع المبلغ المودع لحسابها وعلى ذمة دعوى الشفعة المزمع إقامتها منها. وكان هذا الاستدلال سائغا، وكان النعى عليه بسبب النعى يكون على غير أساس. (نقض ١٩٨٤/١/٢٤ س ٣٥ ص ٢٨٤)

(٢) نقض ١٩٥٤/٥/١٣ س ٥ ص ٨٦٧.

الطعـــن وكانـــت جمـــيع العناصر التى تتيح الإلمام به قد توافرت لدى محكمة الموضوع[1].

المطلب الثالث
رفع الدعوى

ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشترى أمام المحكمة الكائن فى دائرتها العقار وتقيد بالجدول. ويكون كل ذلك فى ميعاد ثلاثين يومًا من تـــاريخ الإعلان المنصوص عليه فى المادة السابقة وإلا سقط الحق فيها ويحكم فى الدعوى على وجه السرعة[2].

(أ) ميعاد رفع الدعوى:

١- طبقًا لقانون المرافعات تعتبر الدعوى مرفوعة من تاريخ إيداع صـــحيفتها قلم الكتاب. ويتولى قلم الكتاب قيد الدعوى بالجدول فى ذات

---

(١) يجب إيداع الثمن الحقيقى للعقار المشفوع فيه بخزانة المحكمة المختصة قانونًا بنظـــر دعـــوى الشـــفعة وإلا سقط الحق فيها. (الطعن رقم ١٨٢٦ لسنة ٥٥ق، جلسة ١٩٩٠/١١/٧).

إن إيـــداع كامل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع فى الميعاد وبالكيفية التى حددها المشـــرع هو شرط لقبول دعوى الشفعة مما يخول محكمة الموضوع أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى إن أخل به الشفيع، ويجيز لمحكمة النقض أن تثيـــر ذلك من تلقاء نفسها باعتباره مسألة تتعلق بالنظام العام متى كانت واردة على ما رفع عنه الطعن وكانت جميع العناصر التى تتيح الإلمام بها قد توافرت لدى محكمة الموضوع. (الطعن رقم ٤٦٤ لسنة ٥٥ ق ، جلسة ١٩٩١/٣/١٣).

(٢) م ٩٤٣ مدنى.

يــوم تقــديم الصــحيفة. وتعتبــر دعوى الشفعة مرفوعة بمجرد إيداع صحيفتها قلم الكتاب بعد أداء الرسم المستحق عليها[1].

ويجب على الشفيع أن يودع أولاً كل الثمن الحقيقى خزانة المحكمة الكـــائن بدائرتها العقار ثم يعد صحيفة الدعوى ويضمنها ما يفيد قيامه بإيداع الثمن.

٢- ويجــب أن تــرفع دعوى الشفعة وتقيد خلال ثلاثين يومًا من تـــاريخ إعـــلان الشـــفيع رغبتـــه فى الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشترى. ونذكر بأنه ينبغى إيداع الثمن بالمحكمة المختصة خلال نفس الميعاد قبل رفع الدعوى[2].

ويـــبدأ ســـريان مـــيعاد الثلاثـــين يومًا بتمام إعلان كل من البائع والمشترى بالرغبة فى الأخذ بالشفعة. فإذا أعلن أحدهما قبل الآخر، فلا يبدأ سريان الميعاد إلا من تاريخ الإعلان الأخير[3]. ويتم حساب الميعاد مـــن اليوم التالى لتسليم إعلان الرغبة إلى البائع أو المشترى أو لآخر شـــخص مـــن البائعـــين أو المشـــترين. ويخضع هذا الميعاد للامتداد ولإضافة مواعيد مسافة طبقًا لقانون المرافعات.

---

(١) فإن دعوى الشفعة تعتبر مرفوعة من تاريخ إيداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة وفق قانون المرافعات الحالى المنطبق على واقعة الدعوى. (الطعنان رقما ٥٥، ٥٥٧ س ٤٧ق جلسة ١٩٨٤/٤/١٧)

(٢) المقـــرر فـــى قضاء هذه المحكمة أنه إذا كان ميعاد الثلاثين يومًا المنصوص علـــيه فى المادة ٩٤٣ من القانون المدنى لرفع دعوى الشفعة هو ميعاد سقوط، لأن القانـــون رتـــب على تفويته سقوط الحق فى رفع دعوى الشفعة فإن إيداع صـــحيفة الدعوى قلم الكتاب يقطع مدة السقوط وفقا لنص المادة ٦٣ من قانون المرافعات. (الطعنان رقما ٥٥٦، ٥٥٧ س ٤٧ق جلسة ١٩٨٤/٤/١٧)

(٣) نقض ١٩٨١/٤/٢٩ س ٣٢ ص ١٣٣٤.

٣- ويجوز للشفيع أن يبدأ مباشرة برفع الدعوى بعد إيداع الثمن، ويعلـــن رغبته فى الأخذ بالشفعة فى ذات إعلان صحيفة الدعوى، مادام قـــد تم فى الميعاد واستكمل جميع مقومات إعلان الرغبة[1]. معنى ذلك أنـــه يجـــب أن يتضـــمن إعلان صحيفة الدعوى كافة البيانات اللازمة لإعـــلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة، وأن يتسلم كل من البائع والمشترى الإعـــلان فى الميعاد، فإن كان هناك إنذار وجب أن يتم إعلان صحيفة دعـــوى الشـــفعة المتضمنة إعلان الرغبة خلال خمسة عشر يومًا من تاريخ الإنذار بوقوع البيع. وإن لم يكن هناك إنذار، وجب تمام الإعلان خلال أربعة أشهر من تاريخ تسجيل عقد البيع.

(ب) أطراف دعوى الشفعة:

وتقـــوم دعـــوى الشـــفعة بين أطراف ثلاثة هم: الشفيع، والبائع، والمشترى. ومن ثم لا تكون تلك الدعوى مقبولة إلا إذا كانت الخصومة فيها قائمة بين هؤلاء الأطراف الثلاثة، سواء كان ذلك فى أول درجة أو فـــى الاستئناف أو فى النقض. فإذا رفعت الدعوى من أى طرف دون اختصام الآخرين قضت المحكمة ولو من تلقاء نفسها بعدم قبولها[2].

---

(١) نقض ١٩٨٣/٥/٢٣ س ٣٣ ص ٥٧٢.

(٢) نقض ١٩٨٨/١/٢٧ طعن ١٦٨ س ٥٣ق.

وعلـــى الشـــفيع أن يراقب ما يطرأ على أطراف عقد البيع من تغيير فى الصفة أو الحالـــة ليوجه إليهم إجراءات الشفعة بالوضع الصحيح الذى أصبحوا عليه وقت اتخاذها. (نقض ١٩٨٤/٢/٨ س ٢٥ ص ٤٢٨).

لابـــد لقبول دعوى الشفعة من اختصام الشفيع والبائع والمشترى فى أول درجة أو فـــى الاســـتئناف أو النقض وسواء كان رافع الدعوى أو الطاعن فى الحكام هو الشفيع أو البائع أو المشترى، أما إذا رفعها أيهم فى أية مرحلة من مراحلها تلك ولـــم يخاصم الآخرين قضت المحكمة ولو من تلقاء نفسها بعدم قبولها. (الطعن ١٣٣٠ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٠/١/١٤).

فـــإذا رفـــع الشفيع دعوى الشفعة تعين رفعها على كل من البائع والمشـــترى. وإذا تعـــدد المشترون أو البائعون وجب اختصامهم جميعًا فـــيها[1]. وإذا توفى أحدهم وجب اختصام ورثته جميعًا. وإذا تم الطعن

الخصــــومة فى دعوى الشفعة. انعقادها باختصام البائع والمشترى والشفيع أو ورثة من يتوفى منهم فى جميع مراحل التقاضى بما فيها الطعن بالنقض. (الطعن رقم ١٨١٨ لسنة ٥٩ق، جلسة ١٩٩٣/١٢/٩).

وجـــوب قـــيام دعوى الشفعة بين أطرافها الثلاثة فى جميع درجات التقاضى وإن تعددوا سواء أكان رافع الدعوى أو الطعن هو الشفيع أم البائع أم المشترى وإلا قضـــت المحكمـــة بعدم قبولها من تلقاء نفسها. الحكم فيها بعدم قبول الاستئناف شكلاً دون اختصام أحد المحكوم لهم. أثره. بطلان الحكم علة ذلك. (الطعن رقم ١٣٠٥ لسنة ٦٠ق، جلسة ١٩٩٣/٥/١٣)

(١) الأثر المترتب على ثبوت الحق فى الشفعة هو حلول الشفيع محل المشترى فى مـــواجهة الـــبائع فى جميع حقوقه والتزاماته ومن ثم فإنه لا يشترط فى دعوى الشـــفعة اختصـــام البائع للبائع فى حالة عدم انتقال الملكية لبائع العقار المشفوع فيه. (الطعن رقم ٢٣٣٠ س ٥٢ق جلسة ١٩٨٦/٤/١٧).

لـــئن كـــان مفاد نص المادة ٩٣٨ من القانون المدنى ــ أنه إذا صدر من مشترى العقـــار المشفوع فيه بيع لمشتر ثان قبل أن تعلن أية رغبة فى الأخذ بالشفعة أو قـــبل أن يـــتم تسجيل هذه الرغبة فإنه يسرى فى حق الشفيع، ولا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشترى الثانى. بالشروط التى اشترى بها. إلا أن ذلك مشروط ــــ بألا يكون البيع الثانى صوريًا. فإذا ادعى الشفيع صوريته، وأفلح فى إثبات ذلـــك اعتبر البيع الثانى غير موجود، وكأن لم يكن ويبقى البيع الأول قائمًا وهو الـــذى يعـــتد به فى الشفعة. وهو ما يغنى الشفيع أصلاً عن توجيه طلب الشفعة إلـــى المشترى الثانى، وإن كان يتعين مع ذلك إدخاله فى الدعوى لوجوب إثبات الصـــورية فـــى مواجهـــته باعتبار أنه صاحب الشأن الأول فى نفى الصورية وإثبات جدية عقده حتى يكون للحكم الصادر فيها حجية قبله. (الطعن رقم ٨٦٤ س ٥١ق جلسة ١٩٨٥/٢/١٢؛ طعن ١١٤٩ س ٥٨ق جلسة ١٩٩٤/٤/٣٠)

علـــى الحكم بالاستئناف أو النقض وجب إعلان الآخرين بالطعن، وإلا كان الطعن غير مقبول[1].

وينبغـــى إعلان صحيفة الدعوى إلى كل من البائع والمشترى فى مـــوطن كل منهما. وإذا لم يتمكن الشفيع من معرفة موطن البائع بسبب الـــتواطؤ مع المشترى لإخفائه، تعين عليه اتخاذ الإجراء القانونى الذى يـــؤدى إلـــى إتمام إعلانه خلال المدة الباقية لرفع دعوى الشفعة بتسليم صورة الورقة إلى النيابة[2].

(ج) تقدير قيمة دعوى الشفعة:

تقـــرر محكمـــة الـــنقض بـــأن دعوى الشفعة تتعلق بملكية العقار المشـــفوع فـــيه، ومن ثم فإن قيمتها تقدر بقيمة ذلك العقار، وتتحدد تلك القـــيمة طبقًا للأسس المحددة فى قانون المرافعات[3]. وقد عدلت محكمة الـــنقض بذلك عن قضائها السابق حيث كانت قد ذهبت إلى تقدير قيمتها بقيمة الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع[4].

---

(١) نقض ١٩٨٨/٥/٤ طعن ١٠٩٣ س ٥٤ق.

(٢) نقض ١٩٦٥/١١/٩ س ١٦ ص ٩٩٧.

يبنـــى على ذلك أن بطلان الطعن بالنسبة إلى بعضهم يترتب عليه عدم قبول شكلاً بالنسبة لجميع الخصوم. (طعن ٢٠٤٥ س ٦٤ق، جلسة ١٩٩٥/٦/١٤ ــ نقض ١٩٦١/٤/٢٧ س ١٢ ص ٤٢٠)

وإذا كانـــت الدعوى غير مقبولة بالنسبة لبعض المشترين فإنها تكون مقبولة بالنسبة للباقين. (نقض ١٩٨١/٣/١٧ س ٣٢ ص ٨٣٨)

(٣) دعوى الشفعة. تعلقها بملكية العقار المشفوع فيه. أثره. تقدير قيمتها بقيمة ذلك العقار. م ٢/٣٧ مرافعات. تحديد قيمة العقار المشفوع فيه طبقًا للأسس المحددة بالمادة ١/٣٧ مرافعات. (الطعن رقم ١٣٠١ لسنة ٦١ق، جلسة ١٩٩٦/٥/٢٣)

(٤) الدعـــوى بطلب أخذ المبيع بالشفعة تقدر باعتبار قيمة كل منهما على حده مما مفاده أن قيمة دعوى الشفعة لا تقدر بقديمة العقار بل بقيمة الثمن الحقيقى الذى حصـــل بـــه البـــيع وباعتـــبار أن المدعى الشفيع يحل بموجب هذا الحق محل =

المبحث الرابع
سقوط الشفعة

يسقط الحق فى الأخذ بالشفعة فى الأحوال الآتية:

(أ) إذا نزل الشفيع عن حقه فى الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع.

(ب) إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع.

(ج) فى الأحوال الأخرى التى نص عليها القانون[1].

يتضح مما سبق أن الشفعة تسقط إما لتخلف شروط الأخذ بها، وإما بالنــزول عنها. ويثور التساؤل، فى النهاية حول أثر موت الشفيع على الأخذ بالشفعة.

المطلب الأول
سقوط الشفعة لتخلف شروط الأخذ بها

حد المشرع أسباب وإجراءات الأخذ بالشفعة، ومن ثم فهى تسقط إذا زال سبب الأخذ بها، أو تخلف أو بطلان إجراء من إجراءات إعمالها.

المشـــترى فـــى ذلـــك التعاقد والذى يعد بهذه المثابة سندًا لملكية الشفيع للعقار المشفوع فيه. (الطعن رقم ١٣٥٠ س ٤٩ق جلسة ١٩٨٣/٦/٢١)

وقضـــت بأن الحق فى الشفعة يثبت لكل من قام به سبب من أسبابها بمجرد انعقاد البـــيع علـــى العـــين المشـــفوعة. فإذا اشترى عدة أشخاص الحصص الشائعة المشفوع فيها بموجب ثلاثة عقود مستقلة صادرة من بائعين مختلفين، فإن الحق فـــى الشـــفعة يثبت لكل عقد منهم على استقلال. الدعوى بطلب أخذ المبيع بتلك العقـــود بالشفعة. يوجب تقدير قيمة كل دعوى بقيمة كل عقد على حده. (الطعن رقم ٨٧٧ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٣/٤/٢٧)

(١) م ٩٤٨ مدنى.

(أ) زوال سبب الشفعة:

يسقط حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة إذا زال سبب الشفعة قبل تمام الأخذ بها، أى قبل صدور الحكم بثبوتها أو تسليم المشترى بها. فالشفعة معلقة على بقاء سببها لحين تملك الشفيع للعين المشفوعة إما بالتسليم له طوعًا بها أو بحكم القاضى. فإذا زال عنه سبب الشفعة قبل ذلك، عالمًا أو جاهلاً، سقط حقه فى الشفعة لزوال سببه. كما لو تصرف الشفيع فى الحق الذى يستند إليه فى طلب الشفعة تصرفًا ناقلاً للملكية، أو زال عنه هذا الحق نتيجة لتحقق شرط فاسخ أو لإبطال العقد الذى كسب بموجبه هذا الحق.

يلزم لميلاد الشفعة وجود السبب المنشئ لها، أى توافر صفة الشفيع، تلك الصفة قد تكون مثلاً الشركة على الشيوع، هنا يتعين أن تكون ملكية الشفيع للحصة الشائعة سابقة على التصرف موضوع الشفعة، وأن تظل هذه الملكية قائمة إلى أن يتملك الشفيع العين المشفوع فيها قضاء أو رضاء. فإذا باع الشفيع نصيبه بعد أن طلب الشفعة وقبل أن يحكم له بها سقط حقه فى الشفعة لزوال سببها. وكذلك الحال إذا استندت الشفعة إلى الجوار. ثم زال التلاصق بين العقارين المتجاورين لأى سبب من الأسباب قبل تمام الأخذ بالشفعة، كما لو تم شق طريق عام بين الجارين.

(ب) سقوط الشفعة لسبب إجرائى:

يســقط الحــق فى الأخذ بالشفعة إذا تخلف الشفيع عن القيام بأى إجــراء مــن الإجراءات التى حددها القانون على النحو المرسوم وفى الميعاد المقرر له[1].

---

(١) لا محــل للتحدى بأحكام البطلان فى هذه الحالة التى أوجب فيها المشرع توقيع الجــزاء بسقوط الحق فى الأخذ بالشفعة إذا لم يتخذ الإجراء المذكور على النحو

=

يســقط الحــق فــى الشفعة إذا لم يقم الشفيع بالإجراءات السابق دراســتها: إعلان الرغبة خلال خمسة عشر يومًا من تاريخ الإنذار، أو خــلال أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع. إيداع الثمن خلال ثلاثين يومًا من تاريخ إعلان الرغبة ثم رفع الدعوى خلال نفس المدة. ويسقط حق الشفيع إذا لم يعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة خلال خمس عشرة سنة مــن تاريخ البيع، إذا لم يوجه إلى الشفيع إنذار صحيح، ولم يسجل عقد البيع أو الحكم الصادر بصحته(1).

الــذى أوجبه القانون.(طعن ١٩٠٩ لسنة ٤٩ق، جلسة ١٩٨٣/١٢/١٤س٢٤ص ١٨١٦)

الدفــع بسقوط الحق فى الشفعة لسبب من الأسباب الواردة فى باب الشفعة هو دفع موضــوعى وارد على ذات الحق المطالب به، ومن ثم فإن الحكم الصادر ببوله أو برفضــه يكون حكمًا صادرًا فى الموضوع مما يطعن فيه على استقلال فى المــيعاد القانونى وإلا صار نهائيًا وحاز قوة الأمر المقضى. (الطعن ٦٥ لسنة ٣٦ق، جلسة ١٩٧٠/٤/٢٣ س ٢١ ص ٦٨٣)

(١) وضــع القانــون المدنى نظامًا معينًا لإجراءات الأخذ بالشفعة نص عليها فى المــواد من ٩٤٠ إلى ٩٤٣ وجعل إجراءات هذا التنظيم مرتبطة بعضها ببعض ارتــباطًا وثــيقًا وماسة بذات الحق وأوجب اتباعها بادرًا بإنذار الشفيع، وجعل جــزاء ذلــك ســقوط الحق فى الشفعة طبقًا للمادتين ٩٤٠ ، ٩٤٨ من القانون المدنى. (الطعن رقم ٣٢٣ س ٥٠ق جلسة ١٩٨٣/١٢/٢٩)

إذا كانــت المادة ٩٤٢ من القانون المدنى قد قضت فى فقرتها الثانية على أنه يجب خــلال ثلاثين يومًا على الأكثر من إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة، أن يودع مــن يــريد الأخــذ بها – خزانة المحكمة الكائن فى دائرتها العقار كامل الثمن الحقيقــى الــذى حصــل به البيع، وكان إيداع الثمن خزانة المحكمة فى خلال المــوعد الــذى حددتــه المادة المشار إليه هو من إجراءات دعوى الشفعة بما يــوجب اتخــاذه – وعلــى مــا جرى به قضاء هذه المحكمة – أمام المحكمة المختصــة قانــونًا بنظرها وإلا سقط حق الأخذ بالشفعة. (الطعن رقم ٢٧٣ س ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/٢/٣).

(ج) حالات لا تسقط فيها الشفعة:

١- إذا فسخ التصرف المشفوع فيه قبل طلب الشفعة، انتفت مظنة التواطؤ عن هذا الفسخ ويزول العقد ويزول معه ثبوت الحق فى الشفعة. أما إذا كان الفسخ بعد طلب الشفعة فقد قامت به مظنة تواطؤ البائع مع المشترى على إسقاط حق الشفيع، ومن ثم لا يتأثر حق الشفيع بذلك الفسخ.

٢- إذا أسقط أحد الشفعاء حقه فى الشفعة قبل الحكم له بها، كان من حق الشفعاء الآخرين أخذ نصيبه لأنه لم يعد يزاحمهم فيها، أما بعد الحكم للشفيع بالشفعة فيكون قد تملك نصيبه فى العين المشفوعة، فلا يجوز للشفعاء الآخرين أخذها بالشفعة لانقطاع حقهم فى هذا النصيب بتملك الشفيع له.

وفى حالة ما إذا لم يوجه البائع أو المشترى هذا الإنذار إلى الشفيع، أو كان الإنذار باطلاً، فإنه يحق للشفيع أن يعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة خلال أربعة أشهر من يوم تسجيل البيع وإلا سقط حقه وفقا لما نصت عليه المادة ٩٤٨ بند (ب) مدنى. (الطعنان رقما ٥٥٦، ٥٥٧ س ٤٧ق جلسة ١٩٨٤/٤/١٧)

إذا كان مؤدى المادة ١/٦٣ من قانون المرافعات أن رفع الدعوى يتم بإيداع صحيفة افتتاحها قلم كتاب المحكمة أما انعقاد الخصومة بين أطرافها لتصبح صالحة للفصل فيها فلا يتم إلا بإعلان تلك الصحيفة إلى الطرف المدعى عليه، وكانت المادة ٢/٩٤٣ من القانون المدنى قد أوجبت على الشفيع إيداع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع الدعوى وإلا سقط حقه فى الشفعة. فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بسقوط حق الطاعن فى الشفعة لأن إيداعه الثمن كان فى اليوم التالى لإيداع صحيفة افتتاح الدعوى قلم كتاب المحكمة يكون قد أصاب صحيح القانون.(الطعن ٦٤٩ س ٥٠ق جلسة ١٩٨٣/٥/٣٦)

٣- لا تبطل الشفعة بأية حيلة قُصد بها حرمان الشفيع من حقه فيها[1]. مثال ذلك التصرف الصورى بين البائع

---

(١) إن التحايل لإبطال الشفعة مناقض للغرض المقصود منها لأن الشفعة شرعت لدفع الضرر، فإذا ما أجيز التحايل لإبطالها كان ذلك عوداً عن مقصود الشارع يلحق الضرر الذى قصد إبطاله. فكل تحايل لإبطال الشفعة لا يصح للمحاكم أن تقره بوجه من الوجوه. (نقض ١٠٥ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٥/٥/١٧)

إذا كان كل ما قصده الحكم بالغش أو التدليس الذى أسنده إلى الطاعن إنما هو الاحتيال بقصد تعطيل حق مقرر بمقتضى القانون وهو عمل لا يجوز إقرار مرتكبه عليه ويجب رد سعيه عليه، وكان الحكم قد استخلص عناصر الاحتيال من الوقائع التى أوردها والتى يبين منها بجلاء أن الطاعن قد لجأ إلى الحيلة لإسقاط حق المطعون عليه الأول فى الشفعة فإن النعى عليه بالقصور أو مخالفة القانون فى هذا الخصوص يكون على غير أساس. (الطعن ٢١٠ لسنة ٢٠ق جلسة ١٩٥٣/٣/٢٦).

تقدير قيام التحايل لإسقاط حق الشفعة هو من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع متى كان استخلاصه سائغاً. (الطعن ٣٥٢ لسنة ٤٦ق، جلسة ١٩٨٠/٢/١٢ س ٣١ ص ٤٧٦)

كما وأن استخلاص المحكمة من ظروف الدعوى ووقائعها أن المشترى قد أراد تجزئة الصفقة التى اشتراها لمنع الشفيع من الحق فى الأخذ بالشفعة هو من أمور الموضوع التى يفصل فيها قاضى الموضوع دون معقب عليه. (طعن ١٤٤٥ س ٤٥ق جلسة ١٩٨٧/٦/١١).

إذا كان الشفيع قد علق المضى فى دعوى الشفعة على نتيجة الفصل فى دعوى صحة تعاقده ببيعه العقار الذى يشفع به إلى المشترى المشفوع منه وكان هذا الأخير هو الذى اضطره إلى هذا المسلك بالحيل التى استعملها لإسقاط حقه فى الشفعة، فإنه يكون فى غير محله النعى على الحكم المطعون فيه بأنه أجاز للشفيع أن يجمع بين حقين متناقضين. (الطعن ٢١٠ لسنة ٢٠ق، جلسة ١٩٥٣/٣/٢٦).

والمشتري[1]. كأن يتم إخفاء التصرف في صورة هبة، أو كأن يتم تضمين العقد ثمن صوري مبالغ فيه حتى يعجز الشفيع عن دفعه.

المطلب الثاني

نزول الشفيع عن حق الشفعة

يجوز للشفيع التنازل عن الحق في الأخذ بالشفعة. ونعرض لأحكام هذا التنازل من خلال التطبيقات القضائية لأهميته العملية.

(أ) التنازل عن الشفعة تصرف قانوني:

النزول عن الشفعة تصرف قانوني بالإرادة المنفردة يؤدي إلى سقوط هذا الحق، وينتج أثره من وقت اتصاله بعلم من وجه إليه. ويخضع هذا التصرف للقواعد العامة من حيث الصحة والبطلان، حيث ينبغي صدوره ممن تتوافر لديه أهلية التصرف من جهة، وعن إرادة سليمة من جهة أخرى.

فمثلاً يبطل التنازل عن الشفعة إذا كان راجعًا إلى أمر كان السبب في تنازله ثم تبين أن الحقيقة ليست كما فهم، أو إذا تبين أن الحقيقة خلاف ذلك الذي أبلغ به، كما لو أُبلغ بأن المبيع بعض العين ثم ظهر أنه

---

(١) إذا كان الثابت من الأوراق أن الطاعنة (الشفيعة) قد وجهت طلبًا بالشفعة إلى عقد المشتري الأول (المطعون ضدها التاسعة عشر) دون المشتري الثاني (المطعون ضده الأول) الذي اشترى الحصة المبيعة من المشتري الأول. ونعت الطاعنة على عقد المشتري الثاني أنه صوري صورية مطلقة يقصد حرمانها من حقها في الشفعة وهو ما يترتب معه مصير دعوى الشفعة على ثبوت الصورية، وإذ خلص الحكم المطعون فيه في حدود سلطته الموضوعية بأدلة سائغة لها مأخذها من الأوراق وتكفي لحمله إلى أن عقد المشتري الثاني (المطعون ضده الأول) عقد جدي غير صوري ورتب على ذلك قضاءه بسقوط حق الطاعنة في أخذ العقار المبيع بالشفعة. فإنه يكون قد التزم صحيح القانون. (الطعن رقم ١٠٨٥ س ٤٦ق جلسة ١٩٨٣/٥/١٩)

كلها أو أبلغ بثمن معين ثم تبين أن الثمن أنقص مما أبلغ به. هنا يبطل التنازل استنادًا إلى الغلط أو التدليس.

(ب) الطابع المالى للتنازل:

النـــزول عن الشفعة قد يكون بمقابل أو بدون مقابل لأن الحق فى الشـــفعة تطـــبق عليه، كقاعدة عامة، الأحكام التى تجرى على الحقوق المالية.

يمكـــن أن يتصالح الشفيع مع المشفوع منه على الشفعة فى مقابل عـــوض مسقط لحقه فى الشفعة. ويستحق الشفيع العوض من المشترى فى مقابل حقه فى الشفعة الذى تنازل عنه، لأن الشفعة حق يقبل التنازل عنه بعوض من المستفيد من ذلك وهو المشترى.

ولكـــن حـــق الشـــفعة لا يقبل الانتقال بالحوالة مستقلاً عن العقار المشفوع به نظرًا لارتباطه به كنتيجة طبيعية له[1].

---

(١) لمـــا كانت الشفعة قيدًا على حرية التعاقد ورخصة لصيقة بشخص الشفيع ليدفع بها عن نفسه مضار الجوار أو المشاركة فى عقاره الذى يشفع به، ومن ثم يقع باطلا تعامله فى هذه الرخصة أو حوالته إياها أو تنازله عنها إلى غيره، لزوال العلة منها فى هذه الأحوال التى تأباها طبيعة الشفعة ذاتها، لما كان ذلك، وكان الحكـــم المطعـــون فـــيه قد خالف هذا النظر وأقام قضاءه على اعتبار الإقرار موضـــوع الدعـــوى صحيحًا فيما تضمنه من أنه إذا حكم للشفيع بالشفعة تكون الأرض المشفوع فيها ملكًا للمطعون ضده وأن هذا الإقرار لا مخالفة فيه للنظام العـــام فإنـــه يكون قد خالف القانون. (الطعن ٢٤٧٤ لسنة ٥٤ق، جلسة ١/١٧/ ١٩٨٩).

(ج) وقت التنازل والتمسك به:

يجـــوز النـــزول عـــن الشــفعة في أي وقت، سواء قبل التصـــرف المنشـــئ لها، أو بعد طلبها[١]، وفي أي مرحلة من مراحل الدعوى[٢].

---

(١) إذا كـــان الحق فى أخذ العقار المباع بالشفعة ينشأ بمجرد بيعه دون توقف على إنذار الشفيع بانعقاد هذا البيع من أحد طرفيه وكان المشرع قد نص على سقوط الحـــق فـــى الأخذ بالشفعة إذا نزل الشفيع عنه فإن الحكم المطعون فيه إذ أقام قضـــاءه على جواز التنازل عن الحق فى الأخذ بالشفعة دون توقف على إنذار الشفيع بالبيع يكون قد التزم صحيح القانون.

لمـــا كان الثابت بالمحضر الإدارى ــ المرفق صورته الرسمية ضمن الأوراق ــ أن الطاعـــنة قـــررت به أن مالك الأرض المجاورة لأرضها ــ وهو المطعون ضـــده ــ قـــام بهـــدم السور المحيط بأرضها وتعدى على مساحة منها وطلبت إلـــزامه بالتعهد بإعادة الحال إلى ما كانت عليه، وهو ما يدل على تعاملها معه باعتـــباره مالكًا للأرض المشفوع فيها فإن استدلال الحكم المطعون فيه من ذلك على تنازلها عن حقها فى طلب أخذها بالشفعة يكون استدلالاً سائغًا. (نقض ٢٨/٣/١٩٨٥ س ٣٦ ص ٥٣١)

(٢) مفـــاد نـــص المـــادة ٩٤٨ من القانون المدنى أن النزول عن الحق فى الأخذ بالشـــفعة كمـــا قد يكون قبل البيع الذى هو سبب الشفعة قد يكون تاليًا له سواء أكـــان هذا النزول قبل رفع الدعوى بالشفعة أو بعد رفعها وحتى صدور الحكم فيها. ولا يشترط فى النزول الذى يصدر أثناء سير الدعوى ــ على ما يحتج به الطـــاعن ــ أن يكـــون مسبوقًا بإبداء ترك الخصومة وفقًا للطريق الذى رسمه قانـــون المـــرافعات. ذلك أنه متى كان النص على النزول ورد عامًا مطلقًا فلا محـــل لتقيـــيده بشـــكل معين أثناء سير الدعوى، وفى القول بتطلب هذا الشرط استحداث لحكم مغاير لم يأت به النص، وتخصيص لعمومه بغير مخصص. هذا إلـــى أن ترك الخصومة يقتصر التنازل فيه عن إجراء الخصومة دون أن يؤثر فـــى الحـــق ذاته الذى يظل قائمًا فى حين أن النزول عن الحق المتداعى بشأنه يؤدى إلى زوال ذات الحق وإسقاطه. (الطعن رقم ١٤٧٨ س ٤٨ق جلسة ١١/١١/١٩٨٢).

والنزول عن الحق فى الشفعة يتم التمسك به فى صورة دفع يدفع بـــه الـــبائع أو المشـــترى دعوى الشفعة المرفوعة من الشفيع أو خلفه. ويتعـــين إبـــــداء هـــذا الدفـــع بصورة صريحة وجازمة أمام محكمة الموضـــوع[1]، فلا يجـــوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض[2].

(د) نسبية أثر التنازل:

إذا تنازل الشفيع عن الحق فى الأخذ بالشفعة، فإن ذلك يؤدى إلى سقوط ذلك الحق. ويسرى هذا التنازل فى مواجهة كل من الخلف العام والخلف الخاص.

فـــإذا تـــنازل الشفيع عن الشفعة بالنسبة لعقار مجاور لعقاره، ثم توفـــى، فـــإن الوارث الذى اختص بهذا العقار ليس له طلب الشفعة فى العقـــار المجـــاور لأن مورثه تنازل عن الأخذ بالشفعة. ولكن الوارث يســـتطيع طلب الشفعة إذا توافر لديه سبب من أسباب الشفعة خاص به، كما لو أصبح شريكًا على الشيوع فى العقار.

ومن يشترى شفعة فى عمارة ويلتزم فى عقد الشراء بعدم المطالبة بالشـــفعة عـــند بيع شقة مجاورة، ثم قام المشترى ببيع هذه الشقة التى اشـــتراها لشـــخص آخـــر، هنا يتقيد المشترى الثانى (الخلف الخاص) بالنـــزول الصـــادر مـــن سلفه، لأن هذا النزول مقتضاه الالتزام بعدم

(١) الدفـــع بنـــزول الشـــفيع عن حقه فى الأخذ بالشفعة يجب أن يبدى فى صيغة صـــريحة جازمة تقرع سمع المحكمة فتدل على إصرار من أبداه على التمسك به دون غيره من الدفوع التى قد تختلط معه لأن العبرة بحقيقة الدفع ومرماه لا بالتسمية التى تطلق عليه. (نقض ١٩٧٥/١١/٢٦ س ٢٦ ص ١٤٨٢)

(٢) لا يجوز للمشترى أن يتمسك لأول مرة أمام محكمة النقض بتنازل الشفيع عن حقه فى الشفعة لتهنئته له بالصفقة. (نقض ١٩٥٦/٣/١٥ س ٧ ص ١٩)

المطالـبة بالشـفعة، وهذا الالتزام يعد من مستلزمات الشقة وينتقل إلى الخلف الخاص بشرط أن يكون عالمًا به[1].

---

(١) النص فى عقد البيع على تنازل المشترى عن استعمال حق الشفعة بالنسبة إلى الـبائع وخلفائـه المباشرين هو استثناء من الأصل العام الذى يجيز الشفعة فى نطاق الحدود التى بينها القانون فلا يجوز التوسع فى تفسيره.

متـى كانـت المحكمـة قد فسرت الشرط الوارد فى عقد البيع بمنع المشترى من اسـتعمال حـق الشـفعة تفسيرًا سليمًا واستخلصت منه أنه لا يقيد سوى البائع وخلفائـه المباشـرين، فإنه يكون غير منتج النعى عليه بأنه لم تبحث فى جواز تطبيق المادة ١٤٦ من القانون المدنى. (الطعن ٢٤٣ لسنة ٢٤ق، جلسة ١٧/٢/١٩٥٥).

إن الشـفعة رخصة والتنازل عنها التزام لا يرتبط به إلا من ارتضاه، ومن ثم فإن الحكـم المطعون فيه لم يخطئ إذ لم يعتد بعد بتنازل البائع إلى المطعون عليها فـى عقد شرائه من الشركة البائعة له عن حق الشفعة لأن هذا التنازل لا يعتبر حقًا عينيًا يتبع العقار فى يد كائن من كان. (الطعن ٣٢٢ لسنة ٢٠ق، جلسة ٢٩/١/١٩٥٣).

متـى كان الطاعن قد تمسك بأن تنازله عن حق الشفعة مقصور على البيع الذى قد يصدر للغير من جاره المتنازل له والواقع على الأرض المجاورة وبالتالى فإنه لا يـتعدى إلى البيع الصادر للغير من مشترى هذه الأرض ولم يرد الحكم على هـذا الدفاع الجوهرى فإنه يكون قاصرًا قصورًا يستوجب نقضه. (الطعن ٨٧ لسنة ٢٠ق، جلسة ٢٠/٣/١٩٥٢)

إذا كـان مفاد نص المادة ٩٤٨ من القانون المدنى ــ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمـة ــ أن النزول عن الحق فى طلب الأخذ بالشفعة يجوز ولو قبل البيع، وأنـه كما يكون صريحًا يكون ضمنيًا إلا أن أثر هذا التنازل نسبي، فإذا صدر لصـالح أشـخاص معينين فلا يفيد منه غيرهم، ذلك بأن الشفعة رخصة لصيقة بشـخص الشفيع ليدفع بها عن نفسه مضار الجوار أو المشاركة فى عقاره الذى يشفع به، ولأن النزول عن الشفعة يؤدى إلى سقوط الحق فيها فلا يجوز التوسع فـى تفسـيره، لما كان ذلك وكان مفاد دفاع الطاعنة المبين بأسباب الطعن أن المطعون ضده الأخير بشرائه الأرض المشفوع فيها لحساب ابنه المطعون ضده =

(هـ) النزول الصريح والضمنى عن الشفعة:

النـــزول عن الشفعة قد يكون صريحًا من جانب الشفيع عن إرادته بالنزول، وقد يكون ضمنيًا يستشف من أى عمل أو تصرف يكشف عن نزوله عن حقه. ويستدل على النزول الضمنى بواسطة القرائن المستفادة من وقائع الحال. ويجوز إثباته بكل الطرق[1]. ولا يشترط شكل خاص

الأول وتراخيه فى دعوى الشفعة حتى أقامت الطاعنة دعواها قد تنازل عن حقه فـــى أخذ المبيع بالشفعة لحساب ابنه المطعون ضده الأول، فإن أثر هذا التنازل ـــ بفـــرض ثـــبوته لا ينصرف إلى الطاعنة، ويكون طلبها إحالة الدعوى إلى التحقـــيق لإثبات ذلك غير منتج وإذ خلص الحكم المطعون فيه إلى هذه النتيجة، وكـــان المقـــرر أنـــه متـــى كانت النتيجة التى انتهى إليها الحكم المطعون فيه صحيحة فإنه لا يعيبه ما ورد فى أسبابه من تقريرات خاطئة لا تتفق مع القانون ويضحى النعى عليه بهذه الأسباب غير منتج. (الطعن ٩٧٠ لسنة ٥٥ق، جلسة ١٩٩١/٥/١٤)

(١) إن النـــزول عـــن الحـــق فى طلب الأخذ بالشفعة كما يكون صريحًا قد يكون ضـــمنيًا ـــ وذلك بإتيان الشفيع عملاً أو تصرفًا أو اتخاذه موقفًا يفيد حتمًا رغبته عن استعمال هذه الرخصة أو يكشف بوضوح فى دلالته عن هذا النزول ـــ فإذا تمســـك المشـــترى بمـــثل هذه النزول وطلب تمكينه من إثباته بشهادة الشهود، وخلـــت أوراق الدعوى مما يحول دون ذلك أو يكفى لتكوين عقيدة المحكمة فى شـــأنه بمـــا يغنى عن إجراء التحقيق وجب على المحكمة أن تجيب هذا الطلب، فـــإذا لم تعرض له كان حكمها مشوبًا بالقصور والإخلال بحق الدفاع، لما كان ذلـــك، وكان البين من أوراق الدعوى أن الطاعن تمسك أمام محكمة الموضوع بدفاعـــه محل النعى ـــ وهو دفاع جوهرى قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى ـــ ومع ذلك أغفل الحكم تحصيله واكتفى بما أوردته فى مدوناته من أن "عقد البـــيع موضـــوع الشـــفعة قد خلا من توقيع لهم (الشفعاء) عليه" ـــ وهو ما لا يـــواجه ذلـــك الدفاع فى جوهره، ولا يصلح ردًا عليه فإنه يكون قد أخل بحق الدفاع وشابه قصور مبطل له بما يوجب نقضه بهذا السبب. (الطعن ١٣٩٠ لسنة ٥٦ جلسة ١٩٨٨/١١/١٥)

للنـــزول الضمنى، إلا أنه ينبغى التشدد والتحوط فى استخلاص النزول عن الشفعة.

ومـــن تطبـــيقات قضـــاء النقض فى هذا المجال، أن ما يعبر عنه بالنـــزول عن الشفعة قبل البيع إن هو إلا تعهد من الشفيع بالامتناع عن استعمال حق الشفعة عند حصول البيع مما يفيد أن هذا النزول يجب أن يكـــون صريحًا، أما النزول الضمنى عن الشفعة فيفترض فيه حصول البـــيع ثم صدور عمل أو تصرف من الشفيع بعد ذلك يفيد الرغبة عن استعمال حق الشفعة[1].

مـــن المقرر أنه لا يجوز إثبات تصرف الشفيع بالنزول الصريح عن حق الشفعة بغير الكتابة متى زادت قيمة العقار عن نصاب الإثبات بالكتابة وأن النزول الضمنى عن هذا الحق يستلزم بدوره صدور عمل أو تصـــرف مـــن جانـــب الشـــفيع يفيد حتمًا رغبته عن استعمال هذه الرخصة بأن ينطوى على اعتبار المشترى مالكًا نهائيًا للمبيع[2].

النـــزول الضـــمنى عن الحق فى الأخذ بالشفعة والتثبت من ملكية الشـــفيع للعقار المشفوع به عند صدور البيع هما من مسائل الواقع التى يتـــرك أمـــر تقديـــرها إلى محكمة الموضوع إلا أن شرط ذلك أن تقيم قضاؤها على اسباب سائغة تكفى لحمله[3].

النـــزول الضـــمنى عـــن الحق فى طلب الأخذ بالشفعة يستلزم – وعلـــى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – صدور عمل أو تصرف من الشـــفيع يفيد حتمًا رغبته فى عدم استعمال ذلك الحق واعتبار المشترى مالكـــا نهائـــيًا للمبيع، واستخلاص هذا النزول الضمنى هو من مسائل

---

(١) الطعن رقم ٢٤١٨ س ٥٢ق، جلسة ١٩٨٦/٥/٦.

(٢) لطعن رقم ١٤٢٠ س ٥٤ق، جلسة ١٩٨٥/٢/٥.

(٣) الطعن رقم ٨٤٢ س ٥٥ق، جلسة ١٩٨٦/٢/٩.

الواقع التى تستخلصها محكمة الموضوع وحسبها أن تقيم قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله[1].

(و) تطبيقات النزول الضمنى عن الشفعة:

هـناك عـدة تطبيقات للنزول عن الشفعة مستمدة من فقه الشريعة الإسلامية، لعل أهمها:

١- يسـقط الحق فى الشفعة إذا ترك الشفيع الحاضر مجلس العقد الـذى يتصـرف فيه المالك فى العين محل الشفعة للمشترى، إلا أنه لا يطلـب الشـفعة فـى هـذا المجلس. ذلك أن الشفعة تقتضى المواثبة والمسارعة، والتراخى عن طلبها فى مجلس العقد من الحاضر فيه يدل على تركه لها.

٢ - الشفعة حق يقتضى المواثبة والمسارعة. فإذا وقع من الشفيع مـا يدل على تراخيه فى طلب الشفعة وعدم مواثبته إليها سقط حقه فى الشفعة[2]. ومن ذلك أنه إذا كان الشفيع غائبًا عن مجلس العقد وعلم به ولـم يبادر إلى طلب الشفعة، فإن حقه يسقط. ويجب وجود شهادة كاملة علـى علم الشفيع بالشفعة ولو بغير لفظ الشهادة أى بأن يقول عدلاً أن الشفيع علم بالبيع.

---

(١) الطعـن رقـم ٢ س ٥١ق، جلسـة ١٩٨٥/١/٣٠ ــ طعن ٥٤٢٤ س ٦٣ق، جلسة ١٩٩٤/١٠/١٩).

(٢) وإن كان تراخى الشفيع فى اتخاذ إجراءات الشفعة لا يفيد بذاته نزوله عن حقه فـيها، إلا أنه إذا لابست هذا التراخى ظروف يستفاد معها بجلاء رغبة الشفيع عـن استعمال حق الشفعة ــ بإثباته عملاً أو تصرفًا أو اتخاذه موقفًا لا يدع ــ مع تراخيه هذا ــ مجالاً للشك فى دلالته على تلك الرغبة ــ فإنه يكون قد نزل بـذلك ضمنًا عن حقه فى الشفعة وسقط بهذا النزول الضمنى حقه فيها.(الطعن ٩٥٧ لسنة ٥٤ق، جلسة ١٩٨٧/١٢/٢٩).

ويسقط حق الشفيع كذلك إذا علم بالعقد بخبر يفيد الظن وسكت عن طلب الشفعة مدة تزيد على ما يمكنه فيه طلبها. ويقدر القاضي المدة الكافية لطلب الشفعة في هذه الحالة.

٣ - إذا كان الشفيع وكيلاً عن البائع بالبيع أو شاهدًا على العقد ووقع بامضائه بلا تحفظ. فإذا تولى الشفيع العقد المثبت للشفعة عن غيره بأن كان هو البائع نيابة عن غيره فيما له هو فيه شفعة، فإن ذلك يدل على أنه لا يرغب في الشفعة، وإلا لاشترى لنفسه.

ولكن الذى يسقط عند تولى الشفيع العقد المثبت للشفعة عن الغير هو حقه نفسه إن كان شفيعًا، أما حق الغير الذى ينوب عنه (كولى أو وصى أو وكيل) فلا يسقط منعاً لشبهة التواطؤ[1].

٤- إن كل ما يدل على عدم الرغبة فى الشفعة، أى كل ما يؤخذ منه أن الشفيع لا يرغب فى الشفعة، يُسقط الحق فيها. فإذا ذهب الشفيع إلى المشترى وهنأه بالشراء وبارك له فيه، فإن ذلك يسقط حقه فى الشفعة لدلالته على أنه لا يرغب فيها[2].

---

(١) النزول الصريح عن طلب الأخذ بالشفعة هو الذى يستلزم أن يكون لدي الوكيل وكالة خاصة تخول له القيام به أو وكالة عامة ينصن فيها صراحة على تفويضه بإجراء هذا التصرف وفقا لما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٧٠٣ من القانون المدنى، فى حين أن كل ما يدل على رضا الشفيع بالبيع من شأنه أن يفيد النزول الضمنى عن الحق فى الأخذ بالشفعة سواء أكان عملاً أو موقفاً أو تصرفاً صدر من الشفيع نفسه أو من غيره إذا رضى الشفيع به، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون. (الطعن ٣٤٣٣ لسنة ٥٨ق، جلسة ١٩٩١/٦/١١)

(٢) المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن النزول الضمنى عن الشفعة يفترض فيه حصول البيع ثم صدور عمل أو تصرف من الشفيع بعد ذلك يفيد الرغبة عن استعمال حق الشفعة. وكان الثابت من أقوال شاهدى المطعون عليه الثانى التى تطمئن إليها المحكمة أن الطاعن أبدى التهنئة للمطعون عليه الثانى بإتمام البيع وأنه كان يتردد بعد البيع على مقهى المطعون عليه المذكور الواقعة بالعقار -

يسقط الحق فى الشفعة إذا كان البائع قد عرض العقار على الشفيع فرغب عن الشراء، أو أعلن عدم قدرته على دفع الثمن وملحقاته[1].

لا شـك أن مثل تلك الحالات تفيد فى استنباط النزول الصريح أو الضـمنى عن الشفعة، إلا أنه يصعب إعمالها أمام الإجراءات المحددة التـى وضـعها المشـرع لحسم الأمور واستقرار المعاملات وسد باب المـنازعات إلا أنه توجد الكثير من المواقف التى تفيد النزول الضمنى تترك لاستخلاص قاضى الموضوع[2].

المشـفوع فـيه معلـنًا أن هذا البيع تم نتيجة لجهوده وذلك على نحو يدل على رضاء الطاعن بالبيع ورغبته فى عدم استعمال الحق فى الأخذ بالشفعة واعتبار أن المشترى مالكا نهائيًا للمبيع بما يسقط حقه فى الأخذ بالشفعة. (الطعن ٢٨٨٧ لسنة ٥٨ق، جلسة ١٣/٥/١٩٩٠)

(١) النـزول الضمنى عن الحق فى الأخذ بالشفعة، ذلك هو كل ما يدل على رضا الشفيع بالبيع وحكمه للمشترى وهو ثبوت الملك له من شأنه أن يفيد النزول عن الحـق فـى الأخذ بالشفعة، فإذا ساوم الشفيع المشترى على العقار المشفوع فيه بـأن طلب بيعه له بثمن شرائه أو مما يزيد عنه، أن ذلك يعنى طلب تمليك بعقد جديـد من هذا المشترى، وفى ذلك دلالة الرضا به مالكًا بمقتضى البيع الصادر إلـيه، كـذلك فـإن طلب الشفيع من المشترى مقاسمته العقار المشفوع فيه أو إشـراكه فى جزء منه يفصح عن دلالته عن الإعراض عن استعمال الحق فى الأخـذ بالشـفعة ورضائه بالمشترى مالكا، وهذه أمور اعتبرت لهذا السبب من مسـقطات الشـفعة فى فقه الشريعة الإسلامية التى هى مصدر نظام الشفعة فى القانون المدنى. (نقض ١١/١١/١٩٨٢ س ٣٣ص ٨٩٧)

(٢) إذا كـان الثابت بالمحضر الإدارى ــ المرفق صورته الرسمية ضمن الأوراق ــ أن الطاعـنة قـررت بـه أن مالك الأرض ــ المجاورة لأرضها ــ وهو المطعـون ضـده ــ قام بهدم السور المحيط بأرضها وتعدى على مساحة منها وطلبت إلزامه التعهد بإعادة الحال إلى ما كانت عليه. وهو ما يدل على تعاملها معـه باعتباره مالكا للأرض المشفوع فيها فإن استدلال الحكم المطعون فيه من ذلـك علـى تـنازلها عن حقها فى طلب أخذها بالشفعة يكون استدلالا سائغا. (الطعن رقم ١٢٨ س ٥٢ق جلسة ٢٨/٣/١٩٨٥)

(ز) تطبيقات لعدم النزول الضمنى عن الشفعة:

لا يعتبـــر الشفيع متنازلاً عن حقه فى الشفعة إلا إذا صدر منه ما يفيد أنه اعتبر المشترى مالكا نهائيًا للمبيع. ولا يكفى فى ذلك أن يكون الشـــفيع، وهـــو مستأجر للأرض المشفوع فيها، قد اتفق مع البائع على فســـخ إجارتهـــا وتعهـــد له بتسليمها إلى المشترى ولم يبادر إلى طلبها بالشفعة قبل أن يتكبد المشترى مصاريف التسجيل وغيرها فإن القانون قد جعل للشفيع مدة خمسة عشر يومًا لإبداء رغبته، فمتى أبداها فى هذا الميعاد فلا يصح أن يؤاخذ بعدم إبدائها بعد العلم بالبيع مباشرة أو بعدة أيام قلائل[1].

إذا كـــان ما حصلته المحكمة هو أن الشفيع إنما رفض أخذ العين المشـــفوع فيها بالثمن الذى طلبه المشفوع منه لاستكثاره هذا الثمن على الـــثمن الحقيقـــي، واستخلصت من ذلك أن الشفيع لا يعتبر متنازلاً عن طلـــب الشفعة، وكان ما أوردته المحكمة ثابتًا فى التحقيق ومن شأنه أن

أجازت المادة ٩٤٩/١/ من القانون المدنى النزول عن الحق فى الأخذ بالشفعة قبل البـــيع، وعلى ذلك فإذا أقام الشركاء المشتاعون بناء بقصد تمليك طوابقه وشققه للغيـــر بطـــريق البيع عد هذا نزولاً منهم عن حقهم فى أخذ الطوابق أو الشقق بالشفعة عند بيع أحدهم لنصيبه فيها، وهذا هو المفهوم الصحيح لإرادة الشركاء المشـــتاعين فى نظام تمليك الطوابق والشقق. (نقض ١٩٧٨/٦/٧، س ٢٩ ص ١٤٢٤)

اتخاذ الشفيع إجراءات دعوى الشفعة لا ينفى بطريق اللزوم الحتمى والمنطقى سبق نـــزوله عـــن حقه فى الشفعة قبل رفع الدعوى ولا يمنع صاحب المصلحة من التمســـك فيها بهذا النزول وطلب تمكينه من إثباته قانونا. (الطعن ٢٠٠٣ لسنة ٥٣ق، جلسة ١٩٨٩/٤/٦)

(١) الطعن ٦٦ لسنة ١٤ق، جلسة ١٩٤٥/٢/١٥.

يـــؤدى إلـــى مــــا استخلصته منه فلا محل للنعى عليها أنها خالفت التحقيق[1].

إذا كانـــت المحكمـــة قد استخلصت من أقوال الشهود وفى حدود ســلطتها الموضوعية وبأسباب سائغة أن ما قرره المطعون عليه الأول ــــ مـــن رفـــض الصـــفقة لضيق ذات يده وقت إبرام عقد بيع العقار المشفوع فيه ــ لا يتضمن تنازلاً عن استعمال حقه فى الشفعة، فإن ما اســتطرد إليه الحكم تزيدًا من أن التنازل الضمنى لا يثبت إلا بعد إتمام البيع، لا يؤثر على قضائه فى هذا الخصوص[2].

لـــئن كان رفض الشفيع لشراء المبيع قبل البيع لا يعد ــ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ــ تنازلاً عن حقه فى الشفعة، إلا أن إذنه للمشـــترين بالشـــراء يعد تنازلاً عنه يجوز لصاحب الشأن إثباته بكافة طرق الإثبات[3].

إذا كـــان ما استدلت به الطاعنة على سقوط حق المطعون ضدها الأولـــى فـــى طلب الأخذ بالشفعة ــ على ما سلف الإشارة إليه ــ وإن كـــان يفـــيد علمهـــا بالبـــيع فإنه لا يفيد حتمًا رغبتها عن استعمال هذه الرخصة أو يكشف بوضوح فى دلالته عن هذا النزول[4].

---

(١) الطعن ٣٠ لسنة ١٥ق، جلسة ١٩٤٥/١٢/٢٠.

(٢) الطعن ٤١٤ لسنة ٣٨ق، جلسة ١٩٧٤/٣/١٤ س ٢٥ ص ٥٠٢.

(٣) الطعن رقم ١٤٩٧ س ٥١ق جلسة ١٩٨٥/٦/٦.

(٤) الطعن ٢٩١ لسنة ٥٩ق، جلسة ١٩٨٩/١٢/١٢.

مجـــرد عرض العقار المشفوع فيه على الشفيع وعدم قبوله شراءه لا يعتبر تنازلاً عـــن حقـــه فى أخذه بالشفعة إذا بيع ــ وكان الثابت ــ أن الطاعن قد ذهب فى دفاعه أمام محكمة الموضوع إلى أن الشركة المطعون ضدها الأولى قد تنازلت عـــن حقهـــا فى الشفعة لرفضها شراء أرض النزاع واستند فى ذلك إلى صورة الخطاب المؤرخ ١٩٨١/١٢/١٤ الذى عرضت فيه البائعة له على تلك الشركة شراء هذه الأرض بواقع ٣٥٠٠٠ جنيه للفدان وأنها أعرضت عن الصفقة وكان

رفـض الشـركة المذكورة شراء تلك الأرض قبل تمام البيع الحاصل منها إلى الطـاعن فى تاريخ لاحق بموجب العقد المؤرخ ١٩٨٢/٨/٢٢ لا يعتبر تنازلا عـن حقهـا فى أخذ أرض النزاع بالشفعة طبقا لهذا العقد وشريعته، فإن الحكم المطعـون فـيه وقـد خلص إلى ذلك بقضائه بأحقية الشركة المطعون ضدها الأولـى فـى الشفعة طبقًا لهذا العقد فإنه يكون صحيح النتيجة قانونًا. (الطعنان رقما ٣٦٥٨، ٣٦٥٩ لسنة ٥٨ ق، جلسة ١٩٩٠/١٠/٢٥)

إقـرار المطعـون ضدها الثانية فى ١٩٧٦/٦/١١ أن الثمن المودع يخص الشفيع الآخـر وحـده ذلـك أن التكييف الصحيح لهذا الإقرار منها ــ بعد رفع دعوى الشـفعة بـتاريخ ١٩٧٦/٤/١٢ ــ أنها فى الحقيقة نزلت به للشفيع الآخر عن حقهـا فـى الشفعة وهو ما لا يجيزه الشارع ويتضمن اسقاطًا لحقها ذاته، ولما كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وأقام قضاءه على أن تنازلها يمثل حـوالة حق تنتج أثرها دون حاجة لقبول المدين بما لا محل معه لإلزامه بإيداع مبلغ آخر وإلا تجاوزت المبالغ المودعة ثمن المبيع فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه. (الطعن ٧٣ لسنة ٥٦ق، جلسة ١٩٨٨/١١/٢٩).

النزول الضمنى عن الحق فى طلب الأخذ بالشفعة يستلزم صدور عمل أو تصرف من الشفيع يفيد حتمًا رغبته عن استعمال هذه الرخصة بأن ينطوى على اعتبار المشـترى مالكًا نهائيًا للمبيع. لما كان ذلك، وكان مجرد قبول المطعون ضدها الأولـى ــ بفرض ثبوته ــ لتعامل زوجها بوصفه مستأجر مع الطاعن بوصفه مؤجـرًا محولاً إليه عقد الإيجار، سواء بالنسبة لاستمرار العلاقة الإيجارية أو بالنسبة لعرض إنهائها مقابل مبلغ نقدى، لا يفيد حتمًا أنها اعتبرت الطاعن مالكًا نهائيًا لهذه الأطيان المؤجرة ونزلت بذلك عن حقها فى طلب الشفعة. (نقض ٢٩ /١٩٨٠/٥ س ٣١ ص ١٦٠٥)

مـن المقـرر فى قضاء هذه المحكمة أن النزول الضمنى عن الشفعة يفترض فيه حصـول البيع ثم صدور عمل أو تصرف من الشفيع بعد ذلك يفيد الرغبة عن اسـتعمال حـق الشفعة وكان الحكم للمطعون فيه قد استخلص فى حدود سلطته الموضـوعية بأسباب سائغة من أقوال الشهود أن المساومة كانت حول التنازل عـن حـق الشـفعة وليس للمساومة على شراء الشفيع للعقار المشفوع فيه من المشـتريات وانتهى صحيحاً إلى تكييف مثل هذه المساومة بأنها لا تفيد النزول عن حق الشفعة وفقا للمادة ١٩٤٨ من القانون المدنى وقضى للشفيع (المطعون

المطلب الثالث

أثر موت الشفيع على الشفعة

يستقر الفقه والقضاء على أن حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة لا يسقط بموته، بل ينتقل إلى ورثته بانتقال العقار المشفوع به[1].

فمن المقرر أن موت المشفوع منه وهو المشترى ومن فى حكمه لا يسقط الشفعة مطلقاً، وتمارس فى مواجهة ورثته.

وكذلك الحكم بالنسبة لموت الشفيع، فهو لا يؤدى إلى سقوط الحق فى الشفعة، سواء حدث قبل العلم بالبيع أو بعد العلم به، مع عدم التمكن

عليه الأول) بطلباته فإنه لا يكون قد خالف القانون. (نقض ١٩٨١/١/٨ س ٣٢ ص ١٣٢)

(١) المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن حق الشفعة من الحقوق التى يجرى فيها التوارث، وهو حق غير قابل للتجزئة يثبت لكل وارث إذا انفرد به ولهم جميعًا إذا اجتمعوا عليه، فيجوز لأى من ورثة الشفيع أن يتابع إجراءات الشفعة من حيث انتهت عند وفاته، وإذا كان إيداع كامل ثمن العقار المشفوع فيه لا يخرج عن كونه إجراء من هذه الإجراءات وقد قامت به الشفيعة مورثة المطعون عليه الأول قبل وفاتها فإنه يحق له وهو أحد ورثتها أن يحل محلها فى الدعوى كي يصل بها إلى غايتها. ومقتضى هذا الحلول أنه لا يجوز لأى من أطراف الخصومة الآخرين أن يتمسك فى مواجهته كوارث بما تثيره علاقته بباقى الورثة من حيث الأنصبة أو تقسيم التركة. وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وانتهى صحيحًا إلى أحقية المطعون عليه الأول على أخذ الحصة المشفوع فيها بالشفعة، فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه ويكون النعى عليه بهذا السبب غير سديد. (الطعن ١٧١٠ لسنة ٥٩ق، جلسة ١٩٨٧/١٠/٢١).

حق الشفعة من الحقوق التى يجرى فيها التوارث فيكون للورثة أن يحلوا محل مورثهم فى المطالبة بهذا الحق باعتباره جزءًا من ذمته انتقل إليهم بوفاته مع العقار المشفوع به. (الطعن ١٩٧٨ لسنة ٥٧ق، جلسة ١٩٨٩/١٢/١٠)

من الطلب أو بعد الطلب. فالشفعة لا تسقط فى كل هذه الأحوال لأنه لم يصدر من الشفيع ما يدل على إسقاطه لها.

أما إذا كان الشفيع قد علم بالشفعة ومات قبل أن يطلبها مع أنه كان لديـــه الـــوقت وإمكانية الطلب، فإن ذلك يستفاد منه عزوفه عن الشفعة فتسقط.

ويظهـــر ممـــا تقدم أن الشفعة تورث، فهى لا تسقط لمجرد موت الشـــفيع ، وإنما على تقدير سقوط حقه فيها لعلمه بثبوتها أو سكوته عن الطلب مع التمكن منه.

ومتـــى ورثت الشفعة فيلزم أن يطلبها جميع الورثة، فلا تقبل من أحدهم أو بعضهم وإنما يجوز لهم توكيل أحدهم فى طلبها.

وذلك الحكم مأخوذ من الشريعة الإسلامية وخلاصتها:

فالقول الفصل فيها جميعًا أنها تنتقل قانونًا إلى ورثة صاحب الخيار لأنها حقوق مالية يجرى فيها التوارث مجرى الأصل.

وحـــيث إن الأصـــل كذلك فى الشريعة الإسلامية ــ على مذهب جمهور الفقهاء ــ هو أن تورث الحقوق والأموال إلا ما قام دليلا على مفارقة الحق فى هذا المعنى للمال. أما الحنفية منهم، فالأصل عندهم أن يورث المال دون الحقوق، لأن الذى ثبت عن الشارع هو قول الرسول الكـــريم: "مـــن تـــرك مالاً فلورثته، إلا ما قام دليله من إلحاق الحقوق بالأموال". فموضع الخلاف بين الأئمة هل الأصل هو أن تورث الحقوق كالأمـــوال أم لا؟ فأبو حنيفة وأصحابه يذهبون إلى أن الوارث يكون له مـــا كـــان للمورث من الخيارات فى خيار العيب وخيار فوات الوصف المرغوب فيه وخيار التعيين وخيارات أخرى، لا على اعتبار أن الذى ينـــتقل إلى الورثة هو حق من الحقوق، بل على اعتبار أن المنتقل إليهم عين التصقت بها حقوق. ففى خيار العيب وخيار فوات الوصف، السبب الحامـــل على الخيار قائم بالعين بعد موت المورث كما كان قائمًا قبله. أمـــا خيار الشفعة فليس متعلقًا بالعين المشفوع بها، ولاحقًا لها، بل هو

راجع إلى محض إرادة الشفيع فإن شاء أخذ وإن شاء ترك، فهو لا ينتقل إلى الوارث لأنه ليس بمال ولا فى معنى المال.

أمـــا جمهـــور الفقهاء ومنهم الأئمة الثلاثة مالك والشافعى وأحمد، فأصـــلهم أن الحقـــوق والاختصاصـــات والخيارات قررت كما قررت الأموال، إلا ما كان صفة خاصة بذى الخيار، كخيار الأب فى رد هبته فـــلا يورث لأنه خيار راجع إلى صفة فى الأب لا توجد فى غيره وهى الأبوة، فسبب خلافهم إذن فى خيار دون خيار، على ما يقوله الإمام ابن رشـــد، أنه من انقدح له فى شيء منها أنه صفة للعقد ورثه، ومن انقدح له صفة خاصة لذى الخيار لم يورثه[1].

وحـــيث إن مـــذهب جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الثلاثة فى انتقال الخـــيارات وانـــتقال الأموال والحقوق إلى الورثة هو الذى يلائم مذهب القانـــون المصرى فيما جرى به من توريث الأموال والحقوق المتعلقة بالأمـــوال والحقـــوق المجردة والمنافع والخيارات والمزاعم والدعاوى وآجـــال الديون، فمن مات وعليه دين مؤجل فلا يحل أجل الدين بموته

---

(١) إن مـــن عدا أبا حنيفة من الأئمة وجمهور الفقهاء قد ذهبوا فى انتقال الخيارات إلى الورثة انتقال الأموال والحقوق والمذهب الذى انتحاه القانون المصرى فيما جـــرى علـــيه من توريث الأموال والحقوق المتعلقة بالأموال والحقوق المجردة والمنافع والخيارات والمؤملات والدعاوى وآجال الديون. فمن مات وعليه دين مـــؤجل فلا يحل بموته أجل الدين لأنه حق استفادة المدين حال حياته فينتقل بعد مـــوته إلى ورثته ميراثا عنه. والمنافع المملوكة للشخص إذا مات قبل استيفائها يخلفـــه ورثته فيما بقى منها، فلا تنفسخ الإجارة بموت المستأجر أو المؤجر فى أثناء مدتها. ومن أعطيت له أرض ليحيها بالزراعة أو العمارة فحجرها ثم مات قـــبل مضى ثلاث سنين ولم يكن قد باشر فيها عمل الإحياء حل وارثه محله فى اختصاصـــه وأولويـــته بإحيائها. وإذا مات الدائن المرتهن انتقل حقه فى الرهن إلـــى ورثته، وانتقل معه حقه فى حبس العين المرهونة حتى يوفى الدين. وكل هـــذا كمـــا هو صحيح فى القانون صحيح عند الأئمة الثلاثة وجمهور الفقهاء، وغير صحيح عند أبى حنيفة. (الطعن ٩٥ لسنة ٨ق، جلسة ١٩٣٩/٦/٨)

لأنــه حق استفاده المدين حال حياته، فينتقل بعد موته إلى ورثته ميراثًا عنه.

والمنافع المملوكة لشخص إذا مات قبل استيفائها يخلفه ورثته فيما بقى منها، ولهذا لا تنفسخ الإجازة بموت المستأجر أو المؤجر فى أثناء المدة، ومن أعطيت له أرضًا ليحييها بالزراعة أو العمارة فحجرها ولم يباشر فيها عمل الإحياء وكان ذلك قبل مضى ثلاث سنوات حل وارثه محلــه فــى اختصاصه بها وأوليته بإحيائها، وإذا مات الدائن المرتهن انــتقلت العــين المرهونة إلى يد وارثه، وانتقل معها حق حبسها حتى يســتوفى الــدين. وهذا كله صحيح فى مذهب القانون وجمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الثلاثة، وغير صحيح فى مذهب أبى حنيفة والخلاصة أن حكم القانون فى خيار الشفعة هو انتقاله إلى الورثة كرأى جمهور أولئك الفقهاء والأئمة".

المبحث الخامس
آثار الشـــفعة

نعرض لآثار الأخذ بالشفعة ببيان حلول الشفيع محل المشترى، وانتقال ملكية العقار إلى الشفيع، وتسليم العقار وما يرتبط به من تبعة الهلاك، والثمار، والبناء والغراس، وحق الشفيع فى الضمان، والتزام الشفيع بدفع الثمن وملحقاته، وتصرفات المشفوع ضده فى العقار. ثم نعرض أخيرًا لحالة رفض دعوى الشفعة أو نقض الحكم الصادر فيها.

المطلب الأول
حلول الشفيع محل المشترى

يحـــل الشـــفيع قـــبل الـــبائع محـــل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته[1].

إذا أعلن الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة، وتم التسليم له بذلك، هنا تثـبت الشفعة بالتراضى. وإذا لم يقبل المشترى التسليم بحق الشفيع، تم اتباع الإجراءات القانونية التى تنتهى برفع دعوى الشفعة وصدور الحكم فيها، وهنا تثبت الشفعة بالتقاضى.

ويترتب على ذلك حلول الشفيع محل المشترى فى جميع ما له من حقــوق ومـــا عليه من التزامات. ويحل الشفيع محل المشترى فى نفس الرابطة العقدية مع البائع. ويتم هذا الحلول من تاريخ الحكم بالشفعة أو من وقت التراضى عليها.

تعبـــر محكمـــة النقض عن ذلك بقولها: يترتب على الشفعة حلول الشـــفيع محل المشترى فى البيع المشفوع فيه سواء بالنسبة للحقوق أو الالتـــزامات فتـــزول صلة البائع بالمشترى فيما لكل منهما من الحقوق على الآخر بموجب عقد البيع لتكون صلته فى تلك الحقوق بالشفيع، إلا

---

(١) م ١/٩٤٥ مدنى.

أن العين المشفوعة لا تعتبر على ملك الشفيع فى غير حالة التراضى إلا بالحكم النهائى القاضى بالشفعة والتراضى الذى ينتج أثره فى إتمام الشفعة هو ذلك الذى يتم بقبول المشترى بعد إبداء الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة[1].

يترتب على الأخذ بالشفعة تحويل الحقوق والالتزامات ما بين البائع والمشترى إلى ما بين البائع والشفيع فتزول صلة البائع بالمشترى فيما لكل منهما من الحقوق على الآخر بموجب عقد البيع لتكون صلته فى تلك الحقوق بالشفيع فهى عملية قانونية تدور ولابد، بين أطراف ثلاثة كل منهم طرف حقيقى ضرورى فيها حتى يمكن قانونا حصول هذا التحويل الواقع فى حقوقهم الثلاثة بعضهم على بعض ولا يتصور إلا قبل ثلاثتهم جميعًا. ودعوى الشفعة ـ والمقصود بها إجراء عملية هذا التحويل قضاء ـ يجب بحكم طبيعة الحال أن تكون دائرة بينهم هم الثلاثة كذلك، ومن ثم يتحتم اختصامهم جميعًا فى جميع مراحل التقاضى كما جرى به قضاء هذه المحكمة وإلا كانت غير مقبولة[2].

العين المشفوع فيها تصير ملكًا للشفيع بالحكم النهائى القاضى بالشفعة وحلوله محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته[3].

---

(١) الطعن ٣٤٠ لسنة ٥٧ق، جلسة ١٩٩١/١/٢.

(٢) الطعن رقم ٧ لسنة ١٩ق، جلسة ١٩٥١/١/١٨.

(٣) الطعن رقم ٩٢٣ لسنة ٥٩ق، جلسة ١٩٩٤/١/١٩.

المطلب الثانى
انتقال ملكية العقار إلى الشفيع

(أ) حكم الشفعة منشئ لا مقرر:

الحكـم الذى يصدر نهائيًا بثبوت الشفعة يعتبر سندًا لملكية الشفيع، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل[1].

مؤدى ذلك أن الشفيع يتملك العقار من وقت تسجيل الحكم بالشفعة أو تسجيل الاتفاق على الأخذ بالشفعة، أى أن الحكم منشئ لحق الشفيع وليس مقررًا له.

والقاعـدة أن عقد البيع، إذا كان مستوفيا أركانه وشروط صحته، يتـرتب علـيه فى الحال تملك المشترى للمبيع، إلا إذا كان نقل ملكية المبيع إلى المشترى يتوقف على تنظيم كتسجيل أو قيد، فإن البائع يكون ملزمًا بالقيام بما يقتضيه ذلك حتى يتم نقلِ الملكية إلى المشترى. أى أن الملكية، فى حالة الأخذ بالشفعة، تنتقل وفقًا لقواعد انتقال الملكية فى عقد البـيع. ونظـرًا لأن المشفوع فيه عقار فإنه يلزم تسجيل سند التراضى على الشفعة أو حكم القضاء الصادر لمصلحة الشفيع، وذلك حتى تنتقل إليه الملكية نتيجة لهذا التسجيل.

وهـذا ما استقرت عليه محكمة النقض بقولها: إذا كان حق الشفيع فـى طلـب الأخذ بالشفعة إنما ينشأ بالبيع مع قيام المسوغ، فإن العين المشفوعة لا تصير إلى ملك الشفيع، فى غير حالة التراضى، إلا بحكم نهائـى يقضـى له بالشفعة، ذلك أن المشرع عندما جعل الحكم بثبوت الشفعة سندا لملكية الشفيع، أى السبب القانونى المنشئ لحق الملكية، لا دلـيل الملكـية أو حجيتها، فإنه يترتب على ذلك أن ملك الشفيع للعقار

---

(١) م ٩٤٤ مدنى.

المشـــفوع فيه لا يصير إلا بعد هذا الحكم لا قبله لأن المسبب لا يوجد قبل سببه. ولا ما جعله المشرع منشئا للحقوق لا ينسحب على الماضى.

وقـــررت كـــذلك أن ملكية الشفيع للعين المشفوع فيها لا تنشأ إلا برضا المشترى بالشفعة أو بالحكم الصادر بها، وأن هذه الملكية لا يرتد أثـــرها إلـــى تـــاريخ البـــيع الحاصل للمشترى ولا إلى تاريخ المطالبة بالشفعة[1].

(ب) ولكن ممن تنتقل الملكية:

يـــذهب فقه الشريعة إلى أنه يعتبر الأخذ بالشفعة، سواء بالتراضى أو بحكم القاضى، بمثابة شراء مبتدأ يثبت فيه ما يثبت بالشراء، أى أن ملكية العين تنتقل من المشترى الأصلى (الذى يصبح بائعًا) إلى الشفيع بوصفه مشتريًا منه، أى بناء على عقد البيع الذى يقوم بينهما بالتراضى أو بحكـــم المحكمة. فالشفعة بمثابة الشراء الجديد، ويملك الشفيع العقار المشفوع فيه من وقت التراضى أو من وقت صدور الحكم من القاضى، ولا ملـــك له قبل ذلك، وإنما الملك للمشترى لأن سبب الملك قائم وهو الشـــراء، كمـــا يعـــد الحكـــم القضائى أنه قد حول أو نقل الصفقة من المشـــترى إلـــى الشفيع. لذا فإن الملكية تنتقل إلى الشفيع من المشترى وليس من البائع. ومن ثم فالحكم بالشفعة ينقل الملكية من المشترى إلى الشفيع من تاريخ صدوره.

ولاشك أن هذا هو الحكم فى الفرض الذى يكون المشترى المشفوع ضده قد سجل عقد شرائه، وبالتالى تكون الملكية قد انتقلت إليه، ثم تنتقل مـــنه بعد ذلك إلى الشفيع من وقت تسجيل الاتفاق على الشفعة أو الحكم الصادر بها. أما إن كان المشفوع ضده لم يسجل عقده، فإن الملكية تظل

---

(١) نقض ١٤/٥/١٩٥٩ س ١٠ ص ٤٢٦، ٩/٤/١٩٦٤ س ١٥ ص ٥١٦ ــ ١٩/١/١٩٨٤ س ٣٥ ص ٢٣٤.

للـــبائع المالـــك الأصلى للعقار وتنتقل منه إلى الشفيع بنفس العقد الذى سبق إبرامه مع المشترى الأول والذى حل الشفيع محله فيه.

المطلب الثالث

تسليم العقار (تبعة الهلاك، الثمار، البناء والغراس)

(أ) الالتزام بالتسليم:

يلتـــزم المشترى بتسليم العين المشفوع فيها إلى الشفيع إذا كان قد تســـلمها من البائع، وليس له أن يمتنع عن تسليمها إلى الشفيع ما دام قد أدى ما يلتزم به من ثمن ومصاريف وملحقات. فإنه يجوز للمشترى أن يحبس العين المشفوعة ويمتنع عن تسليمها حتى يستوفى ما هو مستحق له من الثمن والملحقات[1].

ويفترض ذلك أن العين المشفوعة كانت قد سلمت للمشترى، أما إن كانـــت لا تـــزال فى حيازة البائع، فإن الشفيع له الحق فى طلب تسلمها منه.

ويتم تسليم العين للشفيع طبقًا لأحكام تنفيذ الالتزام بالتسليم فى عقد البيع، ومنها على الأخص أن المشترى يلتزم بتسليم الشفيع العين بالحالة التى كانت عليها وقت طلب الشفعة.

(ب) تبعة الهـــلاك:

القاعدة فى العقود الملزمة للجانبين الناقلة للملكية، أن تبعة الهلاك تقع على عاتق المدين بالتسليم.

وعلى ذلك يتحمل المشفوع منه تبعة هلاك العين المشفوعة فى يده بعد الأخذ بالشفعة بالتراضى أو بالتقاضى، ويسترد الشفيع الثمن المودع خـــزانة المحكمة، هذا عن الهلاك بقوة قاهرة. أما إذا كان الهلاك بخطأ

---

(١) السنهوري، ص ٧٤٢.

المشفوع منه، فإنه يلتزم بالتعويض طبقًا للقواعد العامة. ويتحمل البائع تبعة الهلاك إذا كانت العين المشفوعة في يده ولم يقم بتسليمها.

ويـــتحمل الشـــفيع تبعة الهلاك إذا هلك العقار بعد تسليمه، وكذلك الحال إذا هلك بقوة قاهرة فى يد البائع، بعد الأخذ بالشفعة، ويعد إعذار الشـــفيع بتســـلم العقـــار إلا أنه تقاعس عن ذلك بلا عذر، ولا يحق له استرداد الثمن المودع من خزانة المحكمة لأنه يصبح من حق البائع.

ونفس الحكم فى حالة التلف الجزئى أو النقص فى العين المشوعة، هنا يتحمل المشفوع منه تبعة ذلك، خاصة إذا كان قد تم بفعله، أو بفعل الغيــر بإذنـــه، أو كان بفعل الغير، إلا أن هذا الغير أدى العوض عن النقص إلى المشفوع منه، أو كان قد صالحه عليه أو أبرأه منه مع إمكان اســـتيفائه ولو لم يقبضه، فهو الذى ضيعه. ففى كل هذه الحالات يكون المشفوع منه مسئولاً عن النقص الذى لحق بالعين. فيمكن أن يُحط عن الشفيع من الثمن بقدر ما نقص من العين المشفوعة.

(ج) ثمار العقـــــار:

القاعــدة أن الشـــفيع يستحق ثمار العقار المشفوع فيه لأنه يتملكه بحالـــته ومـــا عليه من ثمار ونحوه، ويثبت حق الشفيع فى ذلك بمجرد الحكم له بالشفعة أو التسليم له بها بالتراضى.

وتعبـــر محكمة النقض عن ذلك بقولها: العين المشفوعة لا تصير إلـــى ملك الشفيع فى غير حالة التراضى إلا بالحكم النهائى القاضى له بالشـــفعة مما يستتبع ألا يكون للشفيع حق فى ريع هذه العين إلا ابتداء من تاريخ هذا الحكم[1].

العين المشفوع فيها تصير إلى ملك الشفيع بالحكم النهائى القاضى بالشـــفعة إذ هـــو سند تملكه المنشئ لهذا الحق. ومن ثم يكون ريع هذه

---

(١) نقض ١٩٦٤/٤/٩ س ١٥ ص ٥١٦.

العــين من حق الشفيع من تاريخ هذا الحكم النهائى متى كانت مما تغل ثمرات وتنقطع صلة المشترى بها ويكون مسئولاً عن ريعها إذا كان قد تسلمها[1].

أما عن الثمار التى انفصلت عن العين قبل تملك الشفيع لها. فتكون من حق المشترى، وهى ملكه لأنها ثمار ما يمتلك، وذلك قبل أن يؤول هذا الملك إلى الشفيع.

أمـــا عن المصروفات التى قد يكون المشترى أنفقها على الثمار، فإن الشفيع يلتزم بأن يؤديها له كما سنرى.

ولا يضـــمن المشفوع ضده أجرة انتفاعه بالعين المشفوعة إلا بعد التسليم بالشفعة بالتراضى أو الحكم بها[2].

---

(١) الطعنان رقما ١٨١٠ س ٥٠ق ، ٣٩٣ س ٥٢ق جلسة ١٩٨٤/٥/٩.

ويـــرى الفقـــه أنـــه يجب أن تكون الثمار للشفيع من وقت إيداع الثمن، فمن غير المقـــبول إلـــزام الشـــفيع بإيداع الثمن وحرمانه من استعماله، ويحرم أيضًا من الثمار فى الفترة ما بين الإيداع وصدور الحكم.

ولكـــن محكمة النقض ترفض ذلك بقولها: وطالما أن حق الشفيع فى العين المشفوع فـــيها لا يســـتقر إلا بصـــدور الحكم له بالشفعة فلا محل للقول باستحقاق الريع ابتداء من تاريخ إيداع الثمن. (نقض ١٩٥٩/٥/١٤ س ١٠ ص ٤٣٦)

وتنحصـــر حقوق المشترى قبل الشفيع فى الثمن والتضمينات ــ ،لا يغير من ذلك عـــدم قيام الشفيع بأداء الثمن ذلك أنه إذا لم يحدد الحكم القاضى بالشفعة ميعادًا معيـــنا لهذا الأداء فإن حكم الشفعة يستمر حافظًا قوته فى مصلحة الشفيع حتى يصـــدر حكـــم بإلغائه لعدم دفع الثمن أو حتى يسقط بمضى المدة فى حالة عدم تنفيذه. (نقض ١٩٥٩/٤/٢ س ١٠ ص ٢٩٠).

(٢) إن حكـــم الشفعة منشئ لا مقرر لحق الشفيع مما يمتنع معه القول بحلوله محل المشـــترى قـــبل الحكم نهائيًا بالشفعة ــ وإذ كان من آثار عقد البيع نقل منفعة المبـــيع إلـــى المشترى ــ المشفوع منه ــ فإن ثمرته تكون له من تاريخ إبرام البـــيع مـــا لم يوجد اتفاق مخالف ــ ولما كان الحكم المطعون فيه قد انتهى فى =

(د) البناء والغراس:

إذا تسلم المشفوع ضده العقار وأقام عليه بناء أو غراس، ينبغى التفرقة بين فرضين:

الأول: إذا بنى المشترى فى العقار المشفوع فيه أو غرس فيه أشجارًا قبل إعلان الرغبة فى الشفعة، كان الشفيع ملزمًا، تبعًا لما يختاره المشترى، أن يدفع له إما المبلغ الذى أنفقه، أو مقدار مازاد فى قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس.

مؤدى ذلك أنه لا يحق للشفيع طلب الإزالة بل يتسلم العقار بما عليه مع دفع التعويض طبقًا لما يختاره المشترى، أى أن الشفيع يلتزم بدفع أكبر القيمتين: المبلغ الذى تم إنفاقه أو مقدار مازاد فى قيمة العقار.

الثانى: إذا حصل البناء أو الغراس بعد إعلان الرغبة فى الشفعة، كان للشفيع أن يطلب الإزالة، وإن اختار استبقاء البناء أو الغراس، فلا يلتزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس[1].

المطلب الرابع

حق الشفيع فى الضمان

(أ) التزام البائع بالضمان للشفيع:

إذا استحق العقار للغير بعد أخذه بالشفعة، فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع[2].

قضائه إلى تقرير حق المشترين فى ريع العين المشفوعة من تاريخ تنازل البائعين لهم عن عقد إيجارها حتى صدور حكم نهائى بالشفعة لصالح الشفيع فإنه لا يكون قد أخطأ تطبيق القانون. (نقض ١٩٥٩/٥/١٤ س ١٠ ص ٤٢٦

(١)م ٩٤٦ مدنى.

(٢) م ٢/٩٤٥ مدنى.

يتضح من ذلك التزام البائع بالضمان نحو الشفيع، وهذا الحكم هو نتيجة لمبدأ الحلول الذى تبناه المشرع ليحكم كل آثار الشفعة. فالشفيع يحل محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته مع البائع. ومن أهم هذه الالتزامات الالتزام بالضمان ، ذلك أن البائع يلتزم نحو المشترى بضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية وفقا للأحكام المقررة فى عقد البيع.

وطبقًا للقواعد العامة فى عقد البيع يضمن البائع للمشترى استحقاق المبيع كله أو بعضه، ويضمن العيب الخفى الذى يظهر فى البيع، هذا بالإضافة إلى ضمان عدم التعرض.

فإذا استحقت العين المشفوعة للغير، أى ثبوت ملكيتها كليًا أو جزئيًا للغير، أو ظهور حق عينى آخر عليها لشخص من الغير ، وذلك بعد التسليم للشفيع بالشفعة أو حكم القاضى له بها، هنا يلتزم البائع بضمان الاستحقاق ، ويستطيع الشفيع الرجوع عليه بالثمن وملحقاته والتعويض عن الضرر الذى حل به نتيجة ذلك.

وإذا كان سبب الاستحقاق أو التعرض مرجعه المشفوع ضده كان للبائع الرجوع عليه بعد ذلك بكل ما دفعه للشفيع، بل ويمكن اختصامه فى نفس الدعوى التى رفعها الشفيع على البائع.

ويلتزم البائع بضمان عدم التعرض للشفيع فى الانتفاع بالعين المشفوع فيها كلها أو بعضها، سواء أكان هذا التعرض من فعله[1]. أو من فعل الغير القانونى، أى ممن يكون له وقت البيع حق على المبيع

---

(١) إن الشفيع يمتلك المبيع من وقت الحكم له بالشفعة كما أنه يحل قانونًا محل المشترى فى كافة ما له من حقوق وما عليه من التزامات، ولما كان من أهم التزامات البائع ضمان انتقال ملكية المبيع إلى المشترى فإنه لا يجوز له طلب تثبيت ملكيته إلى العقار المبيع فى مواجهة المشترى لمجرد أن الأخير لم يسجل عقد شرائه. (نقض ١٩٥٨/١٢/١٨ س ٩ ص ٧٧٦)

يحـــتج بـــه على المشترى، ويكون البائع ملزمًا بالضمان أيضًا إذا كان الغير قد ثبت حقه على المبيع بعد البيع بتصرف من البائع نفسه.

ويلتـــزم الـــبائع كذلك بضمان العيوب الخفية، حيث يضمن للشفيع عيوب العين المشفوع فيها طبقًا لأحكام ضمان العيب فى عقد البيع.

ويترتب على ذلك ايضًا أنه إذا تضمن عقد البيع لشرط يعدل أحكام الضمان، سواء بالزيادة أو الإنقاص أو الإسقاط، فإن هذا الشرط يسرى فى حق الشفيع طبقًا لأحكام عقد البيع.

(ب) عدم جواز تعرض المشترى للشفيع:

تقـــرر محكمة النقض بأنه متى كان عقد البيع ذاته هو الذى يتولد عـــنه حـــق الشفيع فى طلب الشفعة بمجرد تمام انعقاد البيع على العين المشفوعة، فلا يجوز للمشترى أن يتحدى بنفس العقد سندًا لملكيته لهذه العين فى مواجهة الشفيع ولو سجل[1].

(ج) إعمال الشفعة لا يعد تعرضًا يوجب ضمان البائع:

تقرر محكمة النقض بأن حق الشفعة لا يعد تعرضًا موجبًا لضمان الاســـتحقاق، فمن ثم فإن استعمال الشفيع حقه فى الشفعة وصدور حكم نهائـــى بأحقيـــته للعقـــار المبيع لا يرتب مسئولية البائع قبل المشترى لتعويضه عما حاق به من ضرر بسبب استحقاق العقار للشفيع. لما كان يترتب على الحكم النهائى الصادر فى دعوى الشفعة والذى يعتبر سندًا لملكـــية الشـــفيع تعلـــق حق ملكية المحكوم لهما بالشفعة بعقار النزاع واستئثارهما به مما يحول بين الطاعن وبين تنفيذ التزامه بنقل ملكية هذا العقار الناشئ عن عقد البيع الصادر منه إلى المطعون ضدهما. فيصير هذا الالتزام مستحيلاً باستحقاق الشفيعين للعقار المبيع بالشفع[2].

---

(١) الطعن رقم ٢٢١ لسنة ٥٨ق، جلسة ١٩٩٠/٣/١٥.

(٢) الطعن رقم ٥٧٤ لسنة ٥٧ق ، جلسة ١٩٩٠/٦/٢١.

المطلب الخامس

التزام الشفيع بدفع الثمن وملحقاته

١ - إذا كان المشفوع ضده قد دفع الثمن للبائع، تعين على الشفيع أن يدفع له الثمن إذا تمت الشفعة بالتراضى، أما إذا تمت الشفعة بالتقاضى كان للمشفوع ضده استرداد الثمن عن طريق سحب المبلغ المودع خزانة المحكمة. وإذا لم يكن الثمن قد دفع للبائع، كان الثمن المودع أو الموجود لدى الشفيع، من حق البائع.

وإذا تمكن الشفيع من إثبات صورية الثمن المسمى فى العقد، وقضت المحكمة بالثمن الحقيقى، فإن الشفيع لا يلتزم إلا بدفع هذا الثمن، وله أن يسترد ما زاد عن ذلك مما أودعه خزانة المحكمة.

وتقرر محكمة النقض بأن الشفعة رخصة تجيز تمليك العقار المبيع كله أو بعضه ولو جبرًا على المشترى والبائع بما قام عليه من الثمن والمؤن، والحكم الذى يصدر نهائيًا بثبوتها يعتبر سندًا لملكية الشفيع يقوم مقام عقد البيع الذى يترتب عليه أن يحل الشفيع قبل البائع محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته . لما كان ذلك فإنه يجب على الحكم بهذه المثابة أن يعنى بتحديد الثمن الذى يلتزم الشفيع بدفعه مقابل تملكه العقار، سواء للبائع إذا لم يكن قد قبضه أو للمشترى إذا كان قد أداه[1].

وتقرر محكمة النقض بأن الحكم النهائى القاضى بالشفعة يعتبر سندًا لملكية المحكوم له للعين المشفوع فيها مقابل قيامه بدفع الثمن المبين فى الحكم فإذا كان هذا الحكم لم يحدد ميعادًا لدفع هذا الثمن ورفعت على المحكوم له بالشفعة دعوى بطلب سقوط حكم الشفعة لتخلفه عن دفع الثمن فإن هذه الدعوى هى فى حقيقتها بمثابة طلب فسخ سند

---

(١) نقض ١٩/٣/١٩٧٠ س ٢١ ص ٤٧٠.

التمليك وللمحكوم له بالشفعة أن يتوقى الفسخ بدفع الثمن المحدد فى حكم الشفعة إلى وقت صدور الحكم النهائى فى هذه الدعوى[1].

٣- ويلتزم الشفيع بأن يدفع للمشفوع ضده ملحقات الثمن أى نفقات البيع التى أنفقها، كرسم الدمغة والتسجيل ومقابل السمسرة وأتعاب المحاماة. وتلك الملحقات لا يتم إيداعها مع الثمن، ولكن يجوز للمشفوع ضده المطالبة بها أثناء نظر دعوى الشفعة أو بدعوى مستقلة بعد ذلك.

٤ – وبالنسبة للمصروفات التى تنفق على العقار تسرى القواعد الخاصة بالمصروفات التى ينفقها الحائز[2]. وعلى ذلك يجوز للمشفوع ضده أن يسترد من الشفيع المصروفات الضرورية التى أنفقها على العقار، كترميمه وحفظه.

أما المصروفات الكمالية فليس للمشفوع ضده المطالبة بشيء منها، ومع ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد العقار إلى حالته الأولى إلا إذا اختار الشفيع أن يستبقيها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة.

أما المصروفات النافعة فيحق للمشفوع ضده استرداد ما أنفقه منها قبل إعلان الرغبة فى الشفعة، أما ما يتم إنفاقه بعد الإعلان، فلا يلتزم الشفيع برده ولكن له طلب الإزالة، وإذا اختار استيفاء هذه المصروفات فعليه أن يدفع إما قيمتها مستحقة الإزالة، وإما ما زاد فى ثمن العقار، ولا شك أن الشفيع سيختار اقل القيمتين.

---

(١) نقض ١٩٦٤/١٢/٣ س ١٥ ص ١١٣٤.

(٢) المواد ٩٢٤، ٩٢٥، ٩٨٠، ٩٨١، ٩٨٢مدنى.

المطلب السادس

تصرفات المشفوع ضده فى العقار

"لا يسـرى فى حق الشفيع أى رهن رسمى أو أى حق اختصاص أخـذ ضد المشترى ولا أى بيع يصدر من المشترى ولا أى حق عينى رتـبه أو ترتب ضده إذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعـلان الرغبة فى الشفعة. ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للمشترى من ثمن العقار" [(١)].

يتضـح مـن ذلـك أنه ينبغى التفرقة بين التصرفات الواقعة قبل تسجيل إعلان الرغبة، وتلك الواقعة بعد ذلك:

أولاً: قبل تسجيل إعلان الرغبة:

يجوز للمشفوع ضده أن يجرى ما يشاء من تصرفات على العقار، وتسرى هذه التصرفات فى مواجهة الشفيع:

١ - فـإذا تصرف المشفوع ضده فى العقار تصرفًا لا تجوز فيه الشـفعة كالهـبة أو المقايضة، كان هذا التصرف نافذًا فى حق الشفيع، بشرط أن يكون مسجلاً كي يحتج به عليه، ولا يجوز أن يطلب الشفعة فيه.

أمـا إذا كان التصرف بيعًا تجوز فيه الشفعة، فلا يجوز للشفيع أن يشفع إلا من المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها. ولا يشترط أن يكون هذا البيع مسجلاً أو ثابت التاريخ، طالما كان قد انعقد قبل تسجيل إعلان الرغبة.

٢ _ وإذا رتـب المشـفوع ضـده للغير على العقار حقًا عينيًا، كارتفـاق أو رهن، وتم تسجيله أو قيده، قبل تسجيل إعلان الرغبة، فإن هـذا الحـق ينفذ فى مواجهة الشفيع ويتلقى العقار محملاً به ، ويجوز

---

(١) م ٩٤٧ مدنى، منصور مصطفى منصور، ص ٣٦٠.

للشـــفيع الـــرجوع علي المشفوع ضده بما يقابل النقص فى قيمة العقار نتيجة لوجود هذا الحق، فهو ملتزم بتسليم العقار بالحالة التى كان عليها وقت البيع، وتلك الحالة هى التى تم دفع الثمن على أساسها[1].

ثانيًا: بعد تسجيل إعلان الرغبة:

لا يســـرى فـــى حق الشفيع أى تصرف يجريه المشفوع ضده فى خصوص العقار المشفوع فيه:

١ – فإذا باع المشفوع ضده العقار بعد تسجيل إعلان الرغبة، فإن هـــذا البـــيع لا يسرى فى حق الشفيع، ويكون له حق الأخذ بالشفعة فى البـــيع الأول بشـــروطه، ولا يلـــزم إدخال المشترى الثانى فى دعوى الشفعة.

٢ _ ولا يسرى فى حق الشفيع أى حق عينى آخر يرتبه المشفوع ضـــده (ارتفـــاق أو رهن مثلاً) على العقار، ولو كان مقيدًا أو مسجلا طالما كان ذلك بعد تسجيل إعلان الرغبة، ويترتب على ذلك أنه إذا حكم للشفيع بالشفعة فإن العقار ينتقل إليه خاليًا من تلك الحقوق.

إذا كان المشفوع ضده قد دفع الثمن للبائع، فإن الدائنين المقيدة حقوقهم فى هذه الحالة تكون لهم الأولوية على هذا الثمن، تطبيقًا لفكرة الحلول العينى. فإذا كانت حقوق الدائنين مستحقة الأداء كان لهم التنفيذ على الثمن، أما إن كانت تلك الحقوق غير مستحقة الأداء، خصص الثمن للوفاء بها عند استحقاقها.

المطلب السابع
الحكم الصادر برفض الشفعة

قد يصدر حكم المحكمة برفض دعوى الشفعة، وقد يصدر بقبولها، إلا أنه يتم نقضه.

---

(١) السنهوري، ص ٧٨٢.

(أ) رفض دعوى الشفعة:

متـــى كان مقتضى أسباب الحكم المطعون فيه الصحيحة أن يكون منطوق الحكم برفض دعوى الشفعة فإنه لا مصلحة للطاعن فى التمسك بالنعـــى على أن منطوق الحكم هو "عدم جواز الشفعة" إذ سيان بالنسبة له أن يكون منطوق الحكم عدم جواز الشفعة أو رفض الحكم بها[1].

(ب) استئناف الحكم الصادر بالرفض:

الحكم الصادر من محكمة الدرجة الأولى بعدم جواز الأخذ بالشفعة هـــو حكم فى صميم موضوع دعوى الشفعة وحاسم للخصومة فيها وقد اســـتنفدت بـــه تلك المحكمة ولايتها فى الخصومة ويتعين على محكمة الاســـتئناف عـــند نظـــر الاستئناف المرفوع عن هذا الحكم أن تبحث الدعـــوى وتقضى فيها برأى على أساس ما قدمه لها الخصوم من أدلة ودفـــوع وأوجه دفاع جديدة فضلاً عما قدم من ذلك إلى محكمة الدرجة الأولى، ولا يجوز لمحكمة الاستئناف إن هى قضت بإلغاء هذا الحكم أن تعيد القضية لمحكمة أول درجة لبحث الصورية التى طعن بها على عقد المشترى الثانى والفصل فى موضوع الدعوى[2].

(ج) عدم حجية رفض الشفعة بالنسبة للبيع الثانى:

الحكم بعدم قبول دعوى الشفعة لوجود بيع ثان يحاج به الشفيع لأنه سابق على تسجيل طلب الشفعة المبدى فيها — لا يمنع من نظر دعوى الشـــفعة التـــى يـــرفعها الشـــفيع ذاته عن هذا البيع الثانى فى مواعيده وبشـــروطه لاختلاف الموضوع فى الدعويين، وهو البيع المشفوع فيه لكـــل مـــنهما، مـــا لم يكن ثمة مسألة أساسية مشتركة بينهما فصل فيها

---

(١) نقض ١٤/١١/١٩٥٩ س ٨ ص ٧٩٨.

(٢) نقض ٢١/٦/١٩٥٦ س ٧ ص ٧٥١.

الحكـم الســابق بحكـم تتوافـر فيه شروط المنع من إعادة نظرها فى الدعوى الجديدة[1].

(د) نقض الحكم القاضى بالشفعة:

من المقرر فى قضاء محكمة النقض، أنه يترتب على نقض الحكم القاضـــى بالشفعة اعتباره كأن لم يكن، وإعادة القضية والخصوم إلى ما كانــت علــيه، وكانوا عليه قبل صدور الحكم المنقوض، ويقتضى ذلك ســقوط جمــيع الآثار التى ترتبت عليه وبطلان كل ما اتخذ من أعمال وإجــراءات تنفيذًا له، وبالتالى يتعين رد ما قبض أو حصل تسلمه من مــال أو عقار نتيجة له، وليس يجب رد الأصل فحسب بل يجب أيضًا رد فــوائد الــنقد وثمار العقار، وتجب هذه الثمار من يوم إعلان تقرير الطعن بالنقض إلى حائز العقار، لأن هذا الإعلان يتضمن معنى التكليف بالحضور لسماع الحكم بنقض الحكم المطعون فيه ـ سند حيازة الحائز ـ ولاحتوائه على بيان عيوب هذا السند ويكون لهذا الإعلان ذات الأثر المترتب على إعلان صحيفة الدعوى فى زوال حسن نية الحائز[2].

﴿ تم بحمـــــــــــــد الله ﴾

---

(١) الطعن رقم ١٦٨٥ لسنة ٥٦ق، جلسة ١٩٨٧/٤/٢٨.

(٢) نقض ١٩٧٢/٦/١٣ س ٢٣ ص ١١٠٩.

الفصل الرابع

الفصل السادس